This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

EARCH LIBRARIES
07594808 7

1908. f. 87.

1908. f. 88.

1908. f. 89.

1908 f. 90

Heft 87–90

Heft 87 Neumann das Blanko-Strafgesetz H. 87 1908

" 88. Pradzynski, Sachbeschädigung & Anzeigung H. 88 1908

" 89. Elwenspoek, Quellen des Strafrechts im Landrecht Preußens v. 1620 H. 89

" 90 Redslob, Versuch und Vorbereitung H. 90 1908

THE NEW YORK
PUBLIC LIBRARY
623822A
ASTOR, LENOX AND
TILDEN FOUNDATIONS
R 1932 L

Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Prof. Dr. **Allfeld,** Erlangen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar,** Göttingen, Prof. Dr. **Ernst Beling,** Tübingen, Geh. Hofrat Prof. Dr. **Birkmeyer,** München, Prof. Dr. **van Calker,** Strassburg, Prof. Dr. **Finger,** Halle, Prof. Dr. **Frank,** Tübingen, Prof. Dr. **Freudenthal,** Frankfurt a. M., Prof. Dr. **Gretener,** Breslau, Prof. Dr. **Günther,** Giessen, Prof. Dr. **Hegler,** Tübingen, Prof. Dr. **Heimberger,** Bonn, Prof. Dr. **von Hippel,** Göttingen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kahl,** Berlin, Prof. Dr. **Kleinfeller,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kohler,** Berlin, Prof. Dr. **Kohlrausch,** Königsberg, Prof. Dr. **Liepmann,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Liszt,** Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Lœning,** Jena. Prof. Dr. **M. E. Mayer,** Strassburg. Prof. Dr. **Mittermaier,** Giessen, Prof. Dr. **Oetker,** Würzburg, Professor Dr. **Rosenfeld,** Münster, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt,** Freiburg, Prof. Dr. **Träger,** Marburg, Geh. Rat Prof. Dr. **v. Ullmann,** München, Prof. Dr. **Wachenfeld,** Rostock, Prof. Dr. **Weismann,** Greifswald,

herausgegeben von

Dr. von Lilienthal.

Geh. Hofrat, ord. Professor an der Universität Heidelberg.

Heft 87.

Das Blankostrafgesetz.

Ein Beitrag zur Lehre und Reform des Reichsstrafrechts.

Von

Dr. iur. et rer. pol. Oskar Neumann.

BRESLAU 1908.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Das Blankostrafgesetz.

Ein Beitrag zur Lehre und Reform des Reichsstrafrechts.

Von
Dr. iur. et rer. pol. Oskar Neumann.

1182

BRESLAU 1908.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen
von Professor **Dr. Oetker**, Würzburg.

Druck von M. Jacob, Wüstegiersdorf.

Inhaltsverzeichnis.

	Seite.
Einleitung. Norm und Strafsatzung.	1
I. Abschnitt. Allgemeiner Teil.	
§ 1. Geschichtliches.	7
§ 2. Zweck des absolut unvollständigen Strafgesetzes.	9
§ 3. Die verschiedenen Bezeichnungen für das absolut unvollständige Strafgesetz.	11
§ 4. Ueber die Bezeichnung Blankettstrafgesetz.	13
§ 5. Definition des Blankostrafgesetzes.	16
§ 6. Begriff und Wesen des Blankostrafgesetzes.	20
§ 7. Die Blankostrafgesetze des deutschen StGB.	25
§ 8. Die wichtigsten Blankostrafgesetze der Reichsstrafnebengesetze.	30
§ 9. Arten des Blankostrafgesetzes.	32
II. Abschnitt. Staatsrechtlicher Teil.	
§ 10. Gesetz und Verordnung.	36
§ 11. Gesetzgebung und Verwaltung.	43
§ 12. Verordnung. Verfügung. Anordnung.	45
§ 13. Zuständigkeit.	51
§ 14. Die formellen Erfordernisse der Blankettnorm.	56
§ 15. Die materiellen Erfordernisse.	64
III. Abschnitt. Strafrechtlicher Teil.	
§ 16. Kriminal- und Polizeistrafrecht.	68
§ 17. Justiz- und Verwaltungsstrafrecht.	75
§ 18. Die Stellung des StGB. zum Blankostrafgesetz.	78
§ 19. Zeitliche Geltung.	81
§ 20. Oertliche Geltung.	88
§ 21. Vorsatz und Fahrlässigkeit. Verschulden.	93
§ 22. Normwidrigkeit.	99
§ 23. Rechtsirrtum.	106
§ 24. Das richterliche Prüfungsrecht.	124
IV. Abschnitt. Strafprozeßrechtlicher Teil.	
§ 25. Blankettnorm und Strafgesetz im Sinne der StPO.	131
§ 26. Feststellung und Fragestellung.	139
Schluß. Kritik. De lege ferenda.	147

Literatur-Angabe.

Allfeld, Die Bedeutung des Rechtsirrtums im Strafrecht. Erlangen 1903.

Allgemeine Gerichtszeitung für das Königreich Sachsen. Bd. 23 (Weingart).

Annalen des Deutschen Reichs, begründet von Hirth. Jahrgänge 1882 (Hensel), 1889 (Dyroff), 1895 (Rehm).

Archiv für öffentliches Recht. Bd. 15 (Arndt), 18 (Laband).

Archiv, Neues, des Kriminalrechts. Bd. 12 (Heffter, Roßhirt).

Archiv, Sächsisches, für Rechtspflege. Bd. 1 (Melzer), 2 (Feilitsch).

Arndt, Das Verordnungsrecht. Berlin und Leipzig 1884.

— Das selbständige Verordnungsrecht. Berlin 1902.

Auer, Soziales Strafrecht. München 1903.

Bar, Recht und Beweis im Geschworenengericht. Hannover 1865.

— Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 1 und 2. Berlin 1906/07.

Basedow, Die strafrechtliche Verschuldung. Erlanger Diss. 1898/99.

Baumeister, Bemerkungen zur Strafgesetzgebung. Leipzig 1847.

Beling, Grundzüge des Strafrechts. 3. Auflage. Tübingen 1905.

— Die Lehre vom Verbrechen. Tübingen 1906.

Bennecke-Beling, Lehrbuch des deutschen Reichsstrafprozeßrechts. 2. Auflage. Breslau 1900.

Bernatzik, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Wien 1886.

Berner, Grundlinien der kriminalistischen Imputationslehre. Berlin 1843.

— Der Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen. Berlin 1853.

— Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Auflage. Leipzig 1898.

Berolzheimer, Die Entgeltung im Strafrecht. München 1903.

Beseler, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. Leipzig 1851.

Bierling, Juristische Prinzipienlehre. Tübingen. Bd. 1 1894; Bd. 2 1898.

Binding, Der Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund. Leipzig 1869.
— Die Normen und ihre Uebertretung. Leipzig. Bd. 1 (1. Aufl. 1872, 2. Aufl. – die gewöhnlich zitiert ist — 1890); Bd. 2 (1. Aufl.) 1876.
— Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. Leipzig 1885.
— Grundriß des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil. 7. Auflage. Leipzig 1907.
— Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. 1 (2. Auflage) 1902. Bd. 2 Teil 1 (2. Auflage) 1901; Teil 2 (1. Auflage) 1905. Leipzig.
Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht. Berlin 1898.
— Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 2. Auflage. Berlin 1904.
Blätter für administrative Praxis. Bd. 1 (Brater), 12 (Anonymus), 16 (Anonymus), 28 (G. A. L.), 47 (Seydel), 48 (Seydel), 57 (Karner).
Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 68 (Köhler), 72.
Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt. Bd. 54.
Bornhak, Preußisches Staatsrecht. Freiburg 1888/90.
Bruck, Zur Lehre von der Fahrlässigkeit. Breslau 1885.
Buri, Abhandlungen aus dem Strafrecht. Stuttg. 1878.
— Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen. Stuttgart 1885.
Dalke, Fragestellung und Verdikt im schwurgerichtlichen Verfahren. 2. Auflage. Berlin 1898.
Darstellung, Vergleichende, des deutschen und ausländischen Strafrechts. Bes. Teil. Bd. 9. Berlin 1906.
Deutsche Juristenzeitung. Bd. 3, 5 (Mannhardt), 6 (Harburger), 8, 9, 10 (Galli, Rosin), 11, 12 (Arndt, Autenrieth, Kronecker, Treitel).
Dohna, Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal. Halle 1905.
Dollmann, Die Gesetzgebung des Königreichs Bayern. 3. Teil. Erlangen 1868 ff.
Edel, Das PStGB. vom Jahre 1861. Erlangen 1862.
— Das PStGB. vom Jahre 1871. Erlangen 1872.
Entscheidungen des ROHG. Bd. 7, 19, 21.
Entscheidungen des PrOVG. Bd. 6, 37.
Entscheidungen des RG. in Zivilsachen. Bd. 28, 40, 45, 48.
Entscheidungen des RG. in Strafsachen Bd. 1-5, 7-10, 12, 15, 16, 20-39.
Entscheidungen des Hanseatischen OLG. [Hamburg] in Strafsachen. Hamburg. Bd. 1 (1899), Bd. 2 (1905), Bd. 3 (1905 f.).
Entscheidungen des RMG. Bd. 2, 5, 10.
Finger, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1. Berlin 1904.
Förstemann, Prinzipien des preußischen Polizeirechts. Berlin 1869.
Frank, Studien zum Polizeistrafrecht. Gießen 1897.
— Das StGB. für das deutsche Reich. 3. u. 4. Auflage. Leipzig 1903; 5. bis 7. Auflage. Tübingen 1907/08. (Nur teilweise benützt).
Fuchs, Kritische Bemerkungen zu den Gesetzentwürfen für den Norddeutschen Bund. Breslau 1869.
Geib, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 2. Leipzig 1862.

Genzmer, Die Polizei. Berlin 1905.
Gerichtssaal. Bd. 10 (Geßler), 13 (Heinze), 14 (Geßler), 17 (Hälschner, Häberlin), 21 (Groß), 22 (Schwarze), 25 (Wach), 26 (Röder), 29 (Ortmann, Lodemann), 30 (Ortmann), 32 (Simon), 33 (Meyer), 34 (Ortloff, Stenglein), 38 (Bar), 39 (Scherer), 43 (Stenglein), 44 (Lammasch), 50 (Rotering), 55 (Kitzinger), 59 (Bülow), 61 (Rosenblatt), 64 (Oetker), 65 (Dohna).
Gerland, Das Recht der Polizeiverordnungen in der preuß. Monarchie. 2. Auflage. Berlin 1901.
Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 1. Leipzig 1895.
Gneist, Der Rechtsstaat. 2. Auflage. Berlin 1879.
— Zur Verwaltungsreform und Verwaltungsrechtspflege in Preußen. Leipzig 1880.
— Das englische Verwaltungsrecht. 3. Auflage. Berlin 1883.
Goehrs, Das mildeste Gesetz. Straßburger Diss. 1896/97.
Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht. Berlin 1902.
— Festgabe der jurist. Gesellschaft zu Berlin für Dr. R. Koch. Berlin 1903.
Goltdammers Archiv. Bd. 2-5, 13, 18 (Bar), 19 (Bar), 20-25, 26 (Oetker), 27, 28, 31 (Rotering), 37-44, 45 (Dalcke), 46 (Koref), 47, 48 (Birkmeyer, Oetker), 49 (Goldschmidt), 50 (Kahl), 51-53, 54 (Goldschmidt).
— Die Materialien zum StGB. für die preußischen Staaten. Leipzig 1851/52.
Göttingische gelehrte Anzeigen. Jahrg. 1873 (Bierling).
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn 1881/87.
Hänel, Studien zum deutschen Staatsrechte. Bd. 2. Leipzig 1888.
Harburger, Der strafrechtliche Begriff Inland. Nördlingen 1882.
Heinemann, Ist das Bewußtsein des Täters, mit seiner gewollten und objektiv die Merkmale eines Deliktes erfüllenden Handlung ein Strafverbot zu verletzen, zur Strafbarkeit dieser Handlung erforderlich? Berliner Diss. 1889/90.
Heinze, Staatsrechtliche und strafrechtliche Erörterungen zu dem amtlichen Entwurf eines StGB. für den Nordd. Bund. Leipzig 1870.
— Das Verhältnis des Reichsstrafrechtes zu den Landesstrafrechten. Leipzig 1871.
— Festgabe zur Feier des 70. Geburtstages Seiner K. H. des Großherzogs Friedrich v. Baden. Heidelbg. 1896.
Hessische Rechtsprechung. Bd. 8.
Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit. Jena 1903/05.
Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts. Berlin 1871/77.
— Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Berlin 1877/79.
— -Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft. 6. Aufl. Berl. 1904.
Hoppenrath, Was ist ein Gesetz im Sinne der Reichsverfassung? Erlanger Diss. 1905/06.
Jahrbuch für Entscheidungen des preußischen Kammergerichts. Bd. 4, 23, 33, 34.
Janka, Das österreichische Strafrecht. Prag-Leipzig 1884.
Jellinek, Gesetz und Verordnung. Freiburg 1887.

Juristisches Literaturblatt. Bd. 3 (Kohler), 17 (Oetker).
Juristische Wochenschrift. Bd. 24 (Kuhlenkamp), 31 (Scherer), 33, 34.
Kah, Die Polizeivergehen. Stuttgart 1879.
Kahn, Der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum. Würzburger Diss. 1900/01.
Kirchenheim, Einführung in das Verwaltungsrecht. Stuttgart 1885.
Kitzinger, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht. Erlanger Diss. 1897/98.
— Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht. München 1902.
Klee, Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz. Bresl. 1897.
Knorr, Das Verordnungsrecht des Bundesrats des Deutschen Reiches. Würzb. Diss. 1905/06.
Köhler, Reformfragen des Strafrechts. München 1903.
Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum. München 1904.
Kohlrausch, Die Lehre vom Rechtsirrtum. Heidelberger Habilitationsschritt 1901/02.
— Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht. 1. Teil. Berlin 1903.
Köhne, Grundzüge des Verwaltungspolizeirechts. Berlin 1906.
Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Freibg. 1892.
Kritische Vierteljahrsschrift. Bd. 14 (Bar), 15 (Bar), 21 (Binding), 29 (Rehm), 32 (Lammasch), 38 (Seydel).
Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches. 4. Auflage. Tübingen-Leipzig 1901.
— Deutsches Reichsstaatsrecht. Tübingen 1907.
Liepmann, Einleitung in das Strafrecht. Berlin 1900.
Lindemann, Die Gesetzgebung über Polizeiverordnungen in Preußen. Berlin 1904.
Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge. Bd. 2 Berlin 1905.
— Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 14. u. 15. Auflage. Berlin 1905.
Literarisches Zentralblatt. Jahrg. 1873 (Heinze).
Löbe, Das deutsche Zollstrafrecht. 3. Aufl. Leipzig 1901.
Löning, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Leipzig 1884.
Löwe, Die StPO. für das Deutsche Reich. 12. Auflage. Berlin 1907.
Lucas, Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrechte. Berlin 1883.
— Anleitung zur strafrechtlichen Praxis. Bd. 2. Berlin 1904.
Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht. Bd. 2. Göttingen 1840.
Mamroth, Die StPO. Berlin 1900.
Mayer, M. E., Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht. Leipzig 1901.
— Rechtsnormen und Kulturnormen. Breslau 1903.
O., Theorie des französischen Verwaltungsrechtes. Straßburg 1886.
Deutsches Verwaltungsrecht. Leipzig 1895.
Meves, Die Strafgesetznovelle. Erlangen 1876.
Meyer, G., Verwaltungsrecht. 2. Auflage. Leipzig 1893/94.
Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts. 6. Aufl. Leipzig 1905.

Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Auflage. Leipzig 1907.
Mitteilungen der JKV. Bd. 7 (Frank, Oetker, Rosenfeld), 9 (Frank), 10 (Mittermaier), 12 (Goldschmidt).
Mohl, Die Polizeiwissenschaft. 3. Auflage. Tübingen 1866.
Motive zu dem Entwurfe eines StGB. für den Nordd. Bund. Berlin 1869; Anhang I 1870.
Olshausen, Kommentar zum StGB. für das Deutsche Reich. 7. Auflage. Berlin 1905/06.
Oppenhoff, Die Rechtsprechung des OTr. in Strafsachen. Bd. 1.
— Das StGB. für das Deutsche Reich. 14. Auflage. Berlin 1901.
Ortloff, Die Strafbarkeitserkenntnis als Schuldvoraussetzung. Marburg 1891.
Ostern, Die Alternativität bei strafprozessualen Willenserklärungen. Breslau 1902.
Oetker, Ueber den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrechte. Kassel 1876.
— Das Verfahren vor den Schwur- und den Schöffengerichten. Leipzig 1907.
Otto, Aphorismen zu dem allgemeinen Teil des StGB. für das Deutsche Reich. Leipzig 1873.
Parey, Das behördliche Polizeistrafverordnungsrecht in Preußen. Berl. 1882.
Prien, Der Zusammenstoß von Schiffen. Berlin 1896.
Räuber, Das Ende der zeitlichen Herrschaft der Strafgesetze. Rost. Diss. 1903/04.
Recht, Das. Bd. 5 (Arndt), 9 (Arndt), 10, 11, (Stier-Somlo).
Rechtsprechung des RG. Bd. 1-5, 7-9.
Reger, Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden. Bd. 8, 13, 17, 18, 20-25, 1.-3. Erg.-Bd.
Reuß, Die Haftung Dritter. Würzburg 1900.
Rödenbeck, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. Magdeburg 1884.
Rohland, Das Internationale Strafrecht. Leipzig 1877.
Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen. 1. Aufl. Bresl. 1882; 2. Aufl. Berl. 1895.
Rösler, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. Erlangen 1872.
Rotering, Polizeiübertretungen und Polizeiverordnungsrecht. Berlin 1888.
Sammlung von Entscheidungen des BayOG. in Gegenständen des Strafrechts u. s. w. Bd. 2-9.
Sammlung von Entscheidungen des BayObLG. in Strafsachen. Bd. 1-7.
Sammlung von Entscheidungen des Bay. VGH. Bd. 16, 24, 26.
Sammlung von Entscheidungen des OLGMünchen in Gegenständen des Strafrechts u. s. w. Bd. 1-10.
Schaeffer, Gehört nach dem StGB. zum Begriff des Vorsatzes das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder das Bewußtsein der Strafbarkeit der Handlung? Erlanger Diss. 1896/97.
Schmid, Die Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen. Jena 1863.
Schramm, Das Verordnungsrecht nach dem Staatsrechte des Deutschen Reiches. Würzburger Diss. 1895.
Schulz, Der Begriff der Gefahr im Strafrecht. Münster. Diss. 1905/06.
Schweizer, Zur Lehre vom Irrtum im Strafrecht. Straßb. Diss. 1905/06.
Seidlmayer, Das schwurgerichtliche Verfahren im Lichte des RG. Berlin 1905.

Seuffert, Ein neues StGB. für Deutschland. München 1902.
Seydel, Bayerisches Staatsrecht. 2. Auflage. Freiburg-Leipzig 1896.
— Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich. 2. Auflage. Freiburg-Leipzig 1897.
Seyferth, Inwiefern sind die Strafgesetze eines deutschen Einzelstaates außerhalb desselben anwendbar? Gieß. Diss. 1899/1900.
Stein, Handbuch der Verwaltungslehre. 3. Auflage. Stuttgart 1888.
Stengel, Die Organisation der preußischen Verwaltung nach den neuen Reformgesetzen. Leipzig 1884.
— Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts. München 1889.
— Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts. München 1889.
Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft in Deutschland. Bd. 12, 13, 16, 18.
— Kommentar zur StPO. für das Deutsche Reich. 3. Auflage. München 1898.
Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reiches. 3. Auflage. Berlin 1903.
Strafgesetzgebung der Gegenwart. Bd. 1. Berlin 1894.
Strafrechtszeitung. Allgemeine deutsche. Bd. 10 (Loos), 11 (Holtzendorff).
Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft. Bd. 1. 2. Auflage. Halle 1822.
Trieps, Das Deutsche Reich und die deutschen Bundesstaaten. Berlin 1896.
Ullmann, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. München 1893.
Umhauer, Ein Beitrag zur Lehre vom Begriff und Wesen des Polizeidelikts. Freibg. Diss. 1903/04.
Verhandlungen der Bayer. Kammer der Abgeordneten 1859/61. Beilagenband II.
Verhandlungen des 26. Deutschen Juristentags. Berlin 1903.
Verwaltungsarchiv. Bd. 11 (Schultzenstein, Stephan), 13 (Arndt, Hubrich), 15 (Hofacker).
Verwaltungsblatt, Preußisches. Bd. 8, 12, 14.
Vorentwurf zu einem schweizerischen StGB. Bern 1903.
Wächter, Beiträge zur Geschichte und Kritik der Entwürfe eines StGB. für den Nordd. Bund. Leipzig 1870.
Wertheimer, Die Mischgesetze des deutschen StGB. Breslau 1903.
Wilhelm, Was ist Rechtsirrtum und ist er entschuldbar? Erlanger Diss. 1898/99.
Zacke, Fragstellung und Wahrsprüche in den preußischen Schwurgerichten. Leipzig 1867.
Zeitler, Strafe ohne Schuld. Erlanger Diss. 1899/1900.
Zeitschrift für deutsches Staatsrecht. Bd. 1 (Stockmar).
Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. Bd. 1 (Hoffmann), 9 (Rau), 38 (Stengel), 43 (Fricker).
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 6 (Merkel), 9 (Zucker), 10 (Bierling), 13 (Heinemann), 17 (Weinrich), 18 (Frank), 21 (Arndt, Guderian), 22 (Arndt, Rosenberg), 23 (Kohlrausch), 24 (Rosenberg).
Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Bayern. Bd. 8 (Stengel), 9 (Lorenz).

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. 6 (Stein), 8 (Meyer), 9 (Ulbrich).
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. Bd. 1, 3, 4.
Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 12 (Oetker).
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.

Abkürzungen.

ALR.=Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten.
BayOG.=Bayerischer Oberster Gerichtshof.
BayZR.=Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
HHB.=Holtzendorffs Handbuch des Strafrechts.
OAG.=Oberappellationsgericht.
PStGB.=Polizeistrafgesetzbuch.
PrOTr.=Preußisches Obertribunal.
StG. d. G.=Strafgesetzgebung der Gegenwart.
Z. f. d. StR.=Zeitschrift für deutsches Staatsrecht.
Z. f. G. u. R.=Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Bayern.
Im übrigen nach den „Vorschlägen des Deutschen Juristentags."

Einleitung.

Norm und Strafsatzung.

Schon das römische Recht unterschied in jedem Strafgesetz zwei Elemente: das praeceptum legis und die sanctio legis.[1])

Mit dieser Erkenntnis war allerdings noch nicht viel gewonnen; das Verhältnis jener beiden Bestandteile zu einander blieb bis ins 19. Jahrhundert im Unklaren[2]) und erst um dessen Mitte hat die Wissenschaft begonnen, tiefer in diesen Gegenstand einzudringen.

So unterscheidet *Luden*[3]) genau von dem Strafgesetz dasjenige Gesetz, gegen dessen Verletzung jenes erlassen ist und welches vom Strafgesetz notwendig vorausgesetzt wird, weil sonst das Strafgesetz ohne allen Grund erlassen wäre.[4])

Auch *Berner*[5]) erkannte, daß es nicht deshalb, weil es Strafgesetze gibt, Verbrechen gebe, sondern weil es Verbrechen gebe, bestünden die Strafgesetze; zum Verbrechen könne im allgemeinen eine Handlung nicht durch den Buchstaben des Gesetzes werden, sondern die an sich verbrecherische Handlung werde im Strafgesetze nur als das, was sie schon sei, ausgesprochen.[6])

[1]) C. 41 D. de poenis 48. 19.
[2]) Siehe hierzu Lammasch, KrVJSchr. 32 545.
[3]) Luden, Abh. 2 518 ff.
[4]) Aehnlich PrOTr., GoltdArch. 27 104.
[5]) Berner, Imputationslehre 59.
[6]) Vgl. auch Edel, PStGB. vom Jahre 1861, 75 f.

Und ähnlich hat Heinze[1] jenen Gegensatz bereits zum Ausdruck gebracht in seiner Ausführung: „Es ist logisch gar nicht anders denkbar als daß das Ge- oder Verbot der Strafandrohung vorausgeht, daß die Verbindlichkeit der Untertanen zu Handlungen oder Unterlassungen gegeben ist, bevor für den Fall des Ungehorsams Strafen in Aussicht gestellt werden. Wenn das neue Gesetz lediglich in einer Strafdrohung besteht, so wird in der Regel der Rechtssatz, dessen Geltung es sichern will, bereits vorher bestanden haben. Handelte es sich aber in Wirklichkeit um eine ganz neue Norm, so überläßt die Gesetzgebung den Staatsangehörigen aus der ergangenen Strafandrohung die Regeln, nach denen ihr Verhalten eingerichtet sein soll, zu entnehmen."

Hieran anknüpfend hat ein Jahrzehnt später *Binding* seine „Normentheorie" aufgestellt; er hat zunächst das Wort „Norm" zum terminus technicus gemacht für jenen Rechtssatz, der irgend welchen handlungsfähigen Menschen eine Handlung oder Unterlassung anbefiehlt.[2]

Die weiter von *Binding* nachdrücklich betonte Scheidung der Norm als des an den Untertanen sich richtenden und diesen verpflichtenden und des Strafgesetzes (als des den Staat zur Verhängung der Strafe berechtigenden, sich an den Richter wendenden Rechtssatzes hat neuestens *Goldschmidt*[4] mit Recht die „Grundbedingung jeder weiteren strafrechtswissenschaftlichen Erkenntnis" genannt.

Nun hat es allerdings dieser Normentheorie — ihre Leitsätze sind so allgemein bekannt, daß sie hier wohl nicht wiederholt zu werden brauchen — an Gegnern noch nie und auch nicht in der neuesten Zeit gefehlt.

So bestreitet *Beling*[5] dass die Normen besondere Teile des öffentlichen Rechts bilden,[6] er hält dafür, daß die Normen gar keine Rechtssätze sind, sondern daß die Rechtssätze des bürger-

[1] Heinze, GS. [illegible]

[2] Binding, Normen, pass. KrVJSchr. [illegible]

[3] Die von Bierling, Gott. gel. Anzeigen, 1873 402, gewählte Bezeichnung Strafsatzung ist vorzuziehen.

[4] Goldschmidt, Festgabe [illegible] vgl. auch Mayer, Rechtsnormen 30.

[5] Beling, Grundzüge [illegible], Lehre [illegible].

[6] Binding, HB [illegible]

lichen Rechts, des Verwaltungsrechts usw. selber insoweit Normen sind, als sie das menschliche Verhalten imperativisch regeln.

Dagegen will *Bierling* [1]) in dem gewöhnlichen Strafgesetze nicht nur eine Strafsatzung mit Verweisung auf eine ungesetzte oder anderwärts gesetzte Norm erblicken, sondern vielmehr eine Verbindung zweier Rechtsnormen zu einem Satze dergestalt, daß außer der Strafsatzung auch die primäre — jedoch nicht dem Strafrecht angehörende — Norm als unzweideutig mitgesetzt erscheine, gleichviel ob sie inhaltlich bereits vorher in Geltung war oder nicht.

Klee [2]) erachtet die schon von *Merkel* [3]) bekämpfte Auffassung für unrichtig, als hätte der Strafgesetzgeber weiter nichts getan als eine begrifflich bereits für das kriminelle Gebiet existierende Norm mit Strafschutz versehen, es werde vielmehr die Norm erst „Norm“ durch die Poenalisierung.

Während ganz ähnlich *Weinrich* [4]) die Strafrechtsnorm erst durch das Strafgesetz entstehen läßt, hält *Hold v. Ferneck* [5]) die begriffliche Trennung der Norm und Sanktion überhaupt für unmöglich, die ohne die Strafsatzung ganz unwirksame Norm gehe weder zeitlich noch begrifflich der Strafsanktion voraus.

Kohler [6]) und *Lammasch* [7]) erkennen die Selbständigkeit der Normen nur für das Gebiet der Polizeidelikte, *Goldschmidt* [8]) die Richtigkeit der Normentheorie für sein Verwaltungsstrafrecht an: so tobt der Kampf der Geister noch um die Grundpfeiler der Normentheorie und ohne Widerspruch ist nur wenig geblieben.

Jedenfalls hat aber *Binding's* Lehre den Anstoß gegeben zu den erfolgreichsten Untersuchungen auf dem Gebiete des allgemeinen Teiles des Strafrechts und insbesondere über die Struktur des Strafgesetzes.

In letzterer Hinsicht vermögen wir nun die Reichsstrafgesetze einer Dreiteilung zu unterwerfen, je nach dem Verhältnis, in

[1]) Bierling, ZStW. 10 266.
[2]) Klee, Vorsatz 12.
[3]) Merkel, ZStW. 6 515.
[4]) Weinrich, ZStW. 17 789.
[5]) Hold v. Ferneck 1 182.
[6]) Kohler, JLBl. 3 180.
[7]) Lammasch, GS. 44 162.
[8]) Goldschmidt, JKV. 12 244.

Und ähnlich hat *Heinze*[1]) jenen Gegensatz bereits zum Ausdruck gebracht in seiner Ausführung: „Es ist logisch gar nicht anders denkbar als daß das Ge- oder Verbot der Strafandrohung vorausgeht, daß die Verbindlichkeit der Untertanen zu Handlungen oder Unterlassungen gegeben ist, bevor für den Fall des Ungehorsams Strafen in Aussicht gestellt werden. Wenn das neue Gesetz lediglich in einer Strafdrohung besteht, so wird in der Regel der Rechtssatz, dessen Geltung es sichern will, bereits vorher bestanden haben. Handelte es sich aber in Wirklichkeit um eine ganz neue Norm, so überläßt die Gesetzgebung den Staatsangehörigen, aus der ergangenen Strafandrohung die Regeln, nach denen ihr Verhalten eingerichtet sein soll, zu entnehmen."

Hieran anknüpfend hat ein Jahrzehnt später *Binding* seine „Normentheorie" aufgestellt; er hat zunächst das Wort „Norm" zum terminus technicus gemacht für jenen Rechtssatz, der irgend welchen handlungsfähigen Menschen eine Handlung oder Unterlassung anbefiehlt.[2])

Die weiter von *Binding* nachdrücklich betonte Scheidung der Norm als des an den Untertanen sich richtenden und diesen verpflichtenden und des Strafgesetzes [3]) als des den Staat zur Verhängung der Strafe berechtigenden, sich an den Richter wendenden Rechtssatzes hat neuestens *Goldschmidt*[4]) mit Recht die „Grundbedingung jeder weiteren strafrechtswissenschaftlichen Erkenntnis" genannt.

Nun hat es allerdings dieser Normentheorie — ihre Leitsätze sind so allgemein bekannt, daß sie hier wohl nicht wiederholt zu werden brauchen — an Gegnern noch nie und auch nicht in der neuesten Zeit gefehlt.

So bestreitet *Beling*[5]), dass die Normen besondere Teile des öffentlichen Rechts bilden;[6]) er hält dafür, daß die Normen gar keine Rechtssätze sind, sondern daß die Rechtssätze des bürger-

---

[1]) Heinze, GS. 13 427.

[2]) Binding, Normen, pass.; KrVJSchr. 21 553.

[3]) Die von Bierling, Gött. gel. Anzeigen, 1873 402, gewählte Bezeichnung Strafsatzung ist vorzuziehen.

[4]) Goldschmidt, Festgabe 426; vgl. auch Mayer, Rechtsnormen 30.

[5]) Beling, Grundzüge 15; Lehre 123.

[6]) Binding, HB. 1 164.

lichen Rechts, des Verwaltungsrechts usw. selber insoweit Normen sind, als sie das menschliche Verhalten imperativisch regeln.

Dagegen will *Bierling* [1]) in dem gewöhnlichen Strafgesetze nicht nur eine Strafsatzung mit Verweisung auf eine ungesetzte oder anderwärts gesetzte Norm erblicken, sondern vielmehr eine Verbindung zweier Rechtsnormen zu einem Satze dergestalt, daß außer der Strafsatzung auch die primäre — jedoch nicht dem Strafrecht angehörende — Norm als unzweideutig mitgesetzt erscheine, gleichviel ob sie inhaltlich bereits vorher in Geltung war oder nicht.

Klee [2]) erachtet die schon von *Merkel* [3]) bekämpfte Auffassung für unrichtig, als hätte der Strafgesetzgeber weiter nichts getan als eine begrifflich bereits für das kriminelle Gebiet existierende Norm mit Strafschutz versehen, es werde vielmehr die Norm erst „Norm" durch die Poenalisierung.

Während ganz ähnlich *Weinrich* [4]) die Strafrechtsnorm erst durch das Strafgesetz entstehen läßt, hält *Hold v. Ferneck* [5]) die begriffliche Trennung der Norm und Sanktion überhaupt für unmöglich, die ohne die Strafsatzung ganz unwirksame Norm gehe weder zeitlich noch begrifflich der Strafsanktion voraus.

Kohler [6]) und *Lammasch* [7]) erkennen die Selbständigkeit der Normen nur für das Gebiet der Polizeidelikte, *Goldschmidt* [8]) die Richtigkeit der Normentheorie für sein Verwaltungsstrafrecht an: so tobt der Kampf der Geister noch um die Grundpfeiler der Normentheorie und ohne Widerspruch ist nur wenig geblieben.

Jedenfalls hat aber *Binding's* Lehre den Anstoß gegeben zu den erfolgreichsten Untersuchungen auf dem Gebiete des allgemeinen Teiles des Strafrechts und insbesondere über die Struktur des Strafgesetzes.

In letzterer Hinsicht vermögen wir nun die Reichsstrafgesetze einer Dreiteilung zu unterwerfen, je nach dem Verhältnis, in

[1]) Bierling, ZStW. 10 266.
[2]) Klee, Vorsatz 12.
[3]) Merkel, ZStW. 6 515.
[4]) Weinrich, ZStW. 17 789.
[5]) Hold v. Ferneck 1 182.
[6]) Kohler, JLBl. 3 180.
[7]) Lammasch, GS. 44 162.
[8]) Goldschmidt, JKV. 12 244.

welchem — rein formell betrachtet — Norm und Strafsatzung zu einander stehen.

1. Der einfachste und insbesondere im StGB. häufigste Fall ist der des absolut vollständigen Strafgesetzes, wie ich es nennen möchte.[1])

Hier kommt die Norm, von deren Uebertretung die Anwendung des Strafgesetzes abhängt, so vollständig zum Ausdruck, daß sie aus dem Strafgesetz selbst genau formuliert werden kann. So ist aus § 145 a StGB. die zufällig in § 795 BGB. zum Ausdruck gelangte Norm vollständig zu entnehmen.

2. Weniger in sich geschlossen sind die als relativ vollständige Strafgesetze zu bezeichnenden Vorschriften, welche, statt die poenalisierte Norm wiederzugeben, einfach auf die vom Gesetzgeber anderwärts aufgestellten Normen verweisen; um einen Einblick in den Inhalt des Strafgesetzes zu erlangen, müssen zunächst jene anderweiten Bestimmungen eingesehen werden.

Es sind hier wieder verschiedene Fälle zu unterscheiden:

a) In zahlreichen Reichsstrafnebengesetzen finden sich Vorschriften von der Formel: „Wer den Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes zuwider das und das tut, wird bestraft.“ Beispiele dieser Art bieten die §§ 82, 103 HGB., § 14 des WarenZG., § 2 des G. vom 22. März 1902 zum Schutze des Genfer Neutralitätszeichens.

Aehnlich setzt § 65 Ziffer 4 des G. vom $\frac{\text{23. Juni 1880}}{\text{1. Mai 1894}}$, betreffend die Abwehr und Unterdrückung von Viehseuchen, eine Strafe für denjenigen fest, welcher „den . . . in den §§ 34 . . . erteilten Vorschriften zuwiderhandelt.“

b) Verschiedene Strafbestimmungen dagegen nehmen Bezug auf andere Reichsgesetze bei Statuierung des Tatbestandes, sodaß die mit Strafsanktion bekleidete Norm nur aus jenen anderen nicht-strafrechtlichen Gesetzen entnommen werden kann.

So verweist § 12 II in Verbindung mit § 3 des DepotG. auf die Artt. 360, 378 des (alten) HGB.; Art. 2 des G. vom 5. April 1888, betr. die unter Ausschluß der Oeffentlichkeit stattfindenden Gerichtsverhandlungen, auf § 175 II GVG.; § 69 des PStG. auf die „in diesem Gesetze und in dem BGB. gegebenen Vorschriften.“ Die

[1]) Zu unterscheiden vom absolut bestimmten Strafgesetz und Bierling's (Prinzipienlehre 1 79) absolut und relativ bestimmter Norm.

letztgenannte Bestimmung fällt demnach teilweise auch unter die in a) erwähnte Gattung.

Den sämtlichen relativ vollständigen Strafgesetzen ist eigentümlich, daß sie nicht selbst die Norm bezeichnen, sondern in dieser Richtung einer Vervollständigung bedürfen. Diese wird hier wieder durch Reichsgesetz getroffen, sei es durch dasselbe Gesetz, welches auch die fragliche Strafbestimmung enthält, oder durch ein anderes von nicht-strafrechtlicher Natur.

Das relativ vollständige Strafgesetz bietet, abgesehen von seiner charakteristischen äußeren Form, keine Besonderheiten, weil es sich hier eben lediglich um eine aus praktischen Gründen vorgenommene Fassung der Strafbestimmung handelt; um ein absolut vollständiges Strafgesetz zu gewinnen, müßte der Gesetzgeber die in Bezug genommene Vorschrift wörtlich wiederholen.[1])

Das relativ vollständige Strafgesetz widerlegt am besten die Behauptung *Hold v. Fernecks*[2]), daß das praeceptum legis erst durch die sanctio legis zum Imperativ werde. Die Strafsanktion des § 69 des PStG. wird doch wohl nicht die Bestimmungen des BGB. über die Eheschließung erst zu Imperativen gemacht haben. Wenn *Hold* darauf hinweist, daß in diesen Fällen eben nicht eine sanktionslose, sondern eine bereits sanktionierte Norm vorausgehe, so ist dem entgegenzuhalten, daß es sich doch hier nur um die Sanktion in dem Sinne einer kriminellen Strafsatzung handeln kann, nicht um die Bekleidung mit irgend einer anderen Rechtsfolge.

Uebrigens deckt *Holds* Ausführung nicht den unter a) besprochenen Fall, wo die Strafbestimmung auf Vorschriften desselben Gesetzes verweist, da ja hier die in Bezug genommene und die die Strafsatzung enthaltende Bestimmung zugleich in Kraft treten.

Im übrigen erscheint es rein zufällig und willkürlich, ob der Gesetzgeber, wenn die Norm schon formuliert existiert, durch Bezugnahme auf sie ein relativ oder durch deren Wiederholung ein absolut vollständiges Strafgesetz schaffen will.

Eine eigentümliche Folge zeigt sich bei diesen Gesetzen darin, daß zwar bei Erlassung der Strafsatzung der Gesetzgeber

---

[1]) Bar, Gesetz und Schuld 2 Note 2.

[2]) Hold v. Ferneck, a. a. O.

eine genaue Vorstellung von der poenalisierten Norm hat, daß dagegen — besonders in den Fällen unter b) — nachträglich durch eine Abänderung der in Bezug genommenen Vorschrift auch eine Modifikation der Norm und damit uno actu des strafgesetzlichen Tatbestandes herbeigeführt werden kann, wie z. B. die oben zitierte Strafbestimmung des DepotG. durch die Abänderung des HGB. im Jahre 1897 bezw. 1900 eine Aenderung erfahren hat.

3. Zum Gegenstand der folgenden Abhandlung soll aber die letzte Gruppe von Strafgesetzen gemacht werden, der gegenüber jenen beiden bereits skizzierten Gruppen folgeweise die Bezeichnung des absolut unvollständigen Strafgesetzes zukommt, d. h. derjenigen Art von Strafbestimmungen, bei welchen der Gesetzgeber auf vollinhaltliche Bezeichnung der mit Strafschutz versehenen Norm vollständig verzichtet.

Eine eingehendere Untersuchung dieser Gesetze ist noch nicht versucht worden.

I. Abschnitt.

Allgemeiner Teil.

§ 1.

Geschichtliches.

Das absolut unvollständige Strafgesetz[1]) ist in der Ausdehnung, in welcher die Reichsgesetzgebung es verwendet, nicht, wie *Tittmann*[2]) meinte, lediglich aus bloßem Herkommen entstanden, es ist vielmehr ein Produkt der französischen Revolution.[3])

Dort finden wir zuerst derartige Vorbehalte für eine nicht vom Gesetzgeber ausgehende Normfestsetzung, zunächst im Gesetze vom 16./24. August 1790 Titel XI Artt. 1—5, im Strafgesetzbuche vom 3. Brumaire IV Art. 605, insbesondere aber im code pénal vom 12. Februar 1810 Artt. 471 u. 472.

Der code pénal enthält auch zugleich den Fingerzeig für die Erklärung des Ursprungs des absolut unvollständigen Strafgesetzes. Er bestimmt nämlich in Art. 4:

„Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcés par la loi avant qu'ils fussent commis."

---

[1]) Ein relativ vollständiges Strafgesetz enthält § 277 des 7. Abschn. II. Teil 20. Titel des PrALR.

[2]) Tittmann 14.

[3]) Ueber ähnliche, aber ganz anders geartete Erscheinungen im alten deutschen Reich: Gneist, Rechtsstaat 76 und 113 ff.

Dieser dem französisch-belgischen Rechte zunächst eigentümliche Satz, daß die Strafandrohung stets im Gesetze selbst erfolgen müsse, während über die Festsetzung der Norm nichts bestimmt ist, sodaß dieselbe also auch der Schöpfung durch eine andere Rechtsquelle überlassen bleiben kann, führt zur Entstehung des unvollständigen Strafgesetzes.

Jenes große Rechtsprinzip Frankreichs erscheint als der Beginn einer neuen Epoche des Strafrechts, welches bis dahin nur Verbrechen und Vergehen mit peinlichen Strafen kannte, während nunmehr das System auch auf die geringeren strafbaren Handlungen, die früher größtenteils durch Polizeistrafen geahndet worden waren, ausgedehnt wurde.[1])

Demzufolge enthält nun der Art. 471 Ziffer 15 des auch in seinem 4. Buch ein corpus iuris clausum darstellenden code pénal[2]) die allgemeine Bestimmung:

„Seront punis d'amende ... ceux qui auront contrevenu aux règlements légalement faits par l'autorité administrative et ceux qui ne seront pas conformés aux règlements ou arrêtés publiés par l'autorité municipale en vertu des art. ...“

Wie der in Art. 4 a. a. O. niedergelegte Satz nulla poena sine lege[3]) auf die Gesetzgebung aller kontinentalen Staaten einwirkte,[4]) so hat auch von Frankreich aus das absolut unvollständige Strafgesetz allgemein Eingang in die moderne Gesetzgebung gefunden, wenn auch derartige „Generalklauseln“[5]) wie die in Art. 471 Ziffer 15 des code pénal gegebene wenig Nachahmung gefunden haben.

Das bayerische StGB. vom Jahre 1813 enthält keine absolut unvollständigen Strafgesetze.

Bezügliche Bestimmungen trifft dagegen das bayerische StGB. vom Jahre 1861, das in seinem Art. 3 den Art. 4 des code pénal buchstäblich nachahmt, in den Artt. 120, 248, 363.[6])

Zahlreicher sind die hierher bezüglichen Bestimmungen des

---

[1]) Stein, Verwaltungslehre 1 223.

[2]) Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht 196.

[3]) lex hier=Gesetz im formellen Sinn.

[4]) Vgl. Goldschmidt, a. a. O. 182; Arndt, ArchOeffR. 15 366.

[5]) Edel, Vhdl. der bayer. Abgeordneten 158.

[6]) Ueber Uebergangsfälle: Stengel in Z. f. G. und R. 8 327.

preußischen StGB. vom 14. April 1851: §§ 146, 306, 307, 340 Ziffer 8; 342, 344 Ziffer 8; 345 Ziffer 1, 4, 11; 347 Ziffer 1, 2, 9; 348 Ziffer 2; 350 Ziffer 6.[1])

Es ist klar, daß besonders hinsichtlich der wichtigeren strafbaren Handlungen, der Verbrechen und Vergehen, jedes Strafgesetz eine derartige Unbestimmtheit bezüglich der von ihm mit Strafsatzung ausgestatteten Norm möglichst vermeiden wird, weshalb der Geltungsbereich des absolut unvollständigen Strafgesetzes überall vorzugsweise die leichtesten Delikte umfaßt.

In der Behandlungsweise des absolut unvollständigen Strafgesetzes weisen die süddeutschen Landesstrafrechte gegenüber dem Norden folgende Verschiedenheiten auf.

Während nämlich z. B. in Preußen durch die §§ 10 ff. des 17. Titels II. Teils des ALR., durch das G. über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 und die §§ 136—145 des G. über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 gewissen Behörden das Recht der Normfestsetzung und der Strafandrohung übertragen worden ist, schließen sich die süddeutschen Staaten nach wie vor enge ans französische System an und überlassen den untergeordneten Behörden lediglich die Befugnis, zu den von der Gesetzgebung ausgehenden Strafsanktionen die Norm zu schaffen.[2])

Das Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund und somit auch das StGB. ist bei seiner Eigenschaft als bloßer Um- und Fortbildung des preußischen StGB. vom Jahre 1851 zumeist dem preußischen System gefolgt[3]) und dasselbe gilt von den Reichsstrafnebengesetzen.

§ 2.

Zweck des absolut unvollständigen Strafgesetzes.

Nur aus zwingenden Gründen darf der Gesetzgeber eine Strafsatzung aufstellen für eine Norm, die er inhaltlich gar nicht selbst bezeichnet. Ohne zunächst auf eine Kritik jener Strafgesetze einzugehen, sei hier nur darauf hingewiesen, daß es als Aufgabe des modernen Strafgesetzes erachtet werden muß, die poenalisierte

[1]) Aehnlich Förstemann 151.

[2]) Seuffert in StGdG. 1 94.

[3]) Binding, Normen 1 165 Note 13.

Norm so vollständig als möglich zu umschreiben, ohne hierbei die Mithilfe anderer rechtserzeugender Quellen in Anspruch zu nehmen. Gegen diesen Grundsatz der Spezialisierung der Delikte[1]) verfehlt das absolut unvollständige Strafgesetz in Berücksichtigung örtlich und zeitlich wechselnder Sonderinteressen, wie solche in jedem größeren Gemeinleben sich geltend machen. Wenn schon vielfach die Gesetzgebungen der Einzelstaaten sich außer Stande gesehen haben, eine einheitliche und erschöpfende Normierung selbst zu besorgen, so steht erst recht das große Reich „hoch über den kleinlichen, nach Ort und Zeit wechselnden Bedürfnissen des Lokalverkehrs."[2])

Daß der Reichsgesetzgeber sich selbst darüber klar war, daß dieses System einer Rechtfertigung gegenüber dem Einheitsgedanken bedarf, zeigen bereits die Motive zu dem Entwurf eines StGB. für den norddeutschen Bund, welche besagen[3]): „Es bedarf nicht erst der Bemerkung, daß das norddeutsche StGB. nicht den Anspruch erheben kann, den Kreis der geringfügigen strafbaren Handlungen zu erschöpfen und das ganze Gebiet derselben zu umfassen. Ein solches Unternehmen würde schon in der Gesetzgebung eines einzelnen Landes, bei den verschiedenartigen Bedürfnissen der Provinzen und Bezirke, ja selbst Ortschaften desselben, auf unüberwindliche Schwierigkeiten stoßen."

Die praktische Bedeutung des absolut unvollständigen Strafgesetzes besteht demnach darin, daß es eine schnelle und sichere Anpassung der Norm an die einzelnen lokalen und individuellen Sonderbedürfnisse ermöglicht, zu welcher der Gesetzgeber des konstitutionellen Staates, der weder ununterbrochen tätig ist, noch die zeitlichen und örtlichen Bedingungen, auf welchen viele Strafbestimmungen beruhen, bestimmt voraussehen und erkennen kann, nicht wohl fähig ist.[4])

Andererseits wird durch eine solche Gesetzgebung eine Einheitlichkeit und Gleichmäßigkeit der Strafe und ihrer Voraus-

---

[1]) Stengel, a. a. O. 320.

[2]) Binding, HB. 1 54.

[3]) M., Anhang I. 87.

[4]) Jellinek 382; PrOTr. in GoltdArch. 22 494; Stengel, a. a. O. 321; Beseler 570.

setzungen in den einzelnen Bundesländern bezweckt[1]) und den untergeordneten Behörden schon durch die Aufstellung des — wenn auch inhaltlich unbestimmten — Strafgesetzes durch das Reich ein Fingerzeig gegeben über die Strafwürdigkeit der Zuwiderhandlung.

§ 3.

Die verschiedenen Bezeichnungen für das absolut unvollständige Strafgesetz.

Die Bezeichnung „absolut unvollständiges Strafgesetz" soll nicht als terminus technicus der in Frage stehenden Bestimmungen weiterhin gebraucht werden; sie hat sich nur aus der in der Einleitung versuchten Einteilung der Strafgesetze ergeben. Seitdem jene Trennung von Norm und Sanktion gründlicher untersucht worden ist, hat es nie an Versuchen gefehlt, für das absolut unvollständige Strafgesetz einen kürzeren und prägnanten Ausdruck aufzustellen.

1. Das PrOTr. gebrauchte die Bezeichnung „hypothetische Strafdrohung"[2]). Hier ist schon die Fassung nicht ganz korrekt; denn nicht die Strafdrohung an sich ist hypothetisch, sondern lediglich das Wirksamwerden derselben, bis die in Bezug genommene Norm erlassen ist. Anderseits ist jede Strafdrohung hypothetisch insoferne, als sie die Uebertretung der Norm voraussetzt. Jedenfalls aber wäre der Ausdruck „Strafgesetz mit hypothetischer Strafdrohung" viel zu schwerfällig.

2. Der von *Edel*[3]) gebrauchte Ausdruck „eventuelle Strafandrohung" leidet an denselben Mängeln.

3. *Stengel*[4]) gebraucht die Bezeichnung „unvollständige Polizeivorschriften"; dieselbe ist aber ohne bestimmte Terminologie zu nichtssagend und trifft auch relativ vollständige Strafgesetze mit; außerdem ist der Ausdruck „Polizeivorschrift" zu beanstanden.

4. In Anlehnung an den bei *Heinze*[5]) und in einer wohl daran anknüpfenden Entscheidung des BayOG.[6]) vorkommenden Aus-

---

[1]) Schwarze, GS. 22 398.
[2]) Vgl. GoltdArch. 4 825; 13 889.
[3]) Edel, PStGB. von 1861 180; PStGB. von 1871 51.
[4]) Stengel, a. a. O. 326; vgl. auch GoltdArch. 27 382.
[5]) Heinze, Erörterungen 30.
[6]) BayOG., Samml. 4 191.

druck, wonach die Bundesgesetzgebung für die Landesgesetzgebung in solchen Fällen einen „Rahmen“ aufstelle, begegnet man manchmal dem Namen „Rahmenstrafgesetze.“ In den meisten Fällen stellt aber das Reich, wie wir unten sehen werden[1]), überhaupt keinen Rahmen für das normierende Organ auf, sondern es poenalisiert nur bestimmte Normen, ohne deshalb die Erlassung anderer direkt auszuschließen; übrigens ist dem absolut unvollständigen Strafgesetz der „Rahmen“ gar nicht wesentlich.[2])

5. *Heinzes*[3]) „blinde Strafdrohung“ ist zu wenig verständlich und, da es sich doch darum handelt, einen terminus technicus für das Strafgesetz selbst zu finden, als „Strafgesetz mit blinder Strafdrohung“ jedenfalls nicht glücklich gewählt.

6. Wenn *Heinze*[4]) an anderer Stelle von „bedingten Strafdrohungen“ spricht, so gilt hiefür das nämliche wie für die hypothetische und die eventuelle Strafdrohung.

7. *Meves*[5]) nennt die die Norm nicht selbst bezeichnenden Strafvorschriften „subsidiäre“; dieser Ausdruck ist noch weniger brauchbar.

8. Wenn ferner das RG.[6]) in einer älteren Entscheidung sich dahin äußert, daß in solchen Fällen die Formulierung „geteilt“ sei, so ist aus dieser — übrigens unzutreffenden — Anschauung und Ausdrucksweise eine richtige Benennung nicht herzuleiten.

9. Früher häufig gebraucht war der von *Janka*[7]) vorgeschlagene Ausdruck des „offenen Strafgesetzes,“ obwohl er keineswegs als gerade prägnant erachtet werden kann. Im übrigen ist auch zu berücksichtigen, daß das Strafgesetz hier jedenfalls nur bis zur Normerlasssung ein offenes ist, weshalb diese Bezeichnung auch leicht irreführen könnte.

10. Die von *Dyroff*[8]) gewählte Bezeichnung „bezugnehmende (Straf-) Gesetze“ umfaßt anscheinend auch das relativ vollständige

---

[1]) Siehe 39 ff.
[2]) Vgl. unten 22.
[3]) Heinze, Verhältnis 56.
[4]) Heinze, a. a. O. 14.
[5]) Meves, Strafgesetznovelle 298.
[6]) RGRspr. 7 580.
[7]) Janka 30.
[8]) Dyroff, Hirths Ann. 1889 879.

Strafgesetz, bringt also gerade das Typische des absolut unvollständigen Gesetzes gar nicht zum Ausdruck.

11. Fast ausschließlich gebraucht ist aber gegenwärtig die von *Binding*[1]) herrührende Benennung „Blankettstrafgesetz."

Erstmals bemerkte *Binding*[2]) lediglich, „im deutschen StGB. finde sich eine Reihe von „Blankettstrafgesetzen." An der angeführten Stelle folgt sodann eine Erläuterung des Wesens dieser Gesetze, aber keine Begründung des gewählten Ausdrucks. *Binding* mochte diesen zunächst wohl für selbstverständlich halten, hat sich aber später an anderer Stelle[3]) doch genauer darüber ausgesprochen: „Da der Tatbestand solcher Strafgesetze die Definition der verbotenen Handlung nicht aus der Norm wiederholt, vielmehr ein Blankett ist, das seinen Inhalt erst durch die Norm erhält, . . . sind derartige Strafgesetze neuerdings Blankettstrafgesetze genannt worden."

In den Rezensionen der „Normen" ist die neue Bezeichnung teils mit — man darf wohl annehmen zustimmendem — Stillschweigen übergangen,[4]) teils ausdrücklich gebilligt worden.[5])

Auch das RG.[6]) hat den Ausdruck alsbald adoptiert; derselbe ist in Theorie und Praxis heute fast allein üblich, sodaß dessen Erfinder[7]) mit Recht bemerken konnte: „Der Ausdruck hat Anklang gefunden und wird vielfach gebraucht."

§ 4.

Ueber die Bezeichnung Blankettstrafgesetz.

Soviel mir bekannt geworden, hat dieselbe eine direkte Bekämpfung bisher von keiner Seite erfahren; sie ist ja auch an sich richtig und treffend, dürfte aber doch zu modifizieren sein aus folgenden Erwägungen:

1. Zunächst sind es Gründe allgemein grammatikalischer Natur.

Blankett ist von dem spanischen blanco (italienisch bianco,

---

[1]) Rosin 72 Note 17 schreibt dieselbe scheinbar Kayser zu.

[2]) Binding, Normen 1 (1. Aufl.) 74.

[3]) Binding, HB. 180.

[4]) Wach, GS. 25 432 ff.; Heinze, Literarisches Zentralblatt 1873 1100 ff.

[5]) Bierling, Gött. gel. Anz. 1873 411; Bar, KrVJSchr. 15 569.

[6]) RG. 7 206.

[7]) Binding, a. a. O., Note 15.

französisch blanc, germanisch blank) mit französischer Endung zum Substantiv gebildet worden und bedeutet ursprünglich ein noch gar nicht oder nicht vollständig ausgefülltes, jedoch zur gänzlichen Ausfüllung bestimmtes Papier; das erwähnte Adjektiv selbst drückt das Lückenhafte, Unvollständige aus.

Für die nachfolgende Untersuchung ist es nun wichtig, festzustellen, daß das Substantiv „Blankett" im Deutschen ein Fremdwort geblieben ist und sich nicht zum Lehnwort entwickelt hat, weshalb es auch in den streng wissenschaftlichen Wörterbüchern der deutschen Sprache fehlt; im übrigen hat es nun eine im Ausdruck selbst noch nicht liegende typische Bedeutung erlangt, daß nämlich die erwartete Ausfüllung der Lücke nicht durch jenen erfolgen soll, von dem das Blankett herrührt, sondern durch einen Dritten.

Dieses Wort unterliegt nun, da es im Deutschen Fremdwort geblieben ist, auch den hierfür geltenden Regeln. Bezüglich der Zusammensetzung eines fremdsprachlichen und eines deutschen Substantivs finde ich nun im deutschen Sprachgebrauch folgende Erscheinung: Abgesehen von dem Fall, daß die beiden mit einander zu verbindenden Worte ihrer Bedeutung nach in einem rein kasuellen Verhältnis[1]) zu einander stehen, wird bei der Zusammensetzung im Deutschen stets dem als Bestimmungswort dienenden Substantiv das Adjektiv vorgezogen; hiebei ist vorausgesetzt, daß ein komponibles Adjektiv im Deutschen existiert und daß dasselbe keinen eigenartigen, von der Bedeutung des Substantives abweichenden Sinn hat.

Diese Regel klingt zunächst etwas dunkel, einige Beispiele werden sie jedoch verständlich machen:

Bei einer modernen Luftheizung liegt das „Heizungszentrum" meist im Keller; wir nennen aber jene praktische Einrichtung nicht „Zentrumsheizung," sondern „Zentralheizung." Dagegen sprechen wir von einer „Zentrumsfraktion," weil ein der Sonderbedeutung des Substantivs entsprechendes Adjektiv hier fehlt.

Die weiteren Beispiele mögen für sich selbst sprechen:

---

[1]) Nach Grimm, Deutsche Grammatik 2 (1878) 403 ff. ist zu unterscheiden ein präpositionelles (Jagdhund=Hund für die Jagd), ein appositionelles (Feuerwein=Wein wie Feuer) und ein kasuelles Verhältnis (Menschenleben=Leben des Menschen).

a) Baumonument, Monumentbau (kasuell). Monumentalbau.

b) Musikinstrument (zusammensetzbares Adjektiv fehlt!) Instrumentalmusik, Instrumentenfabrik (kasuell.)

c) Tarifkonvention (Adjektiv fehlt!) Konventionaltarif, Konventionsabschluß.

d) Kindsadoption, Adoptivkind, Adoptionsvertrag und sogar auch Adoptivvertrag.

Diese Beispiele ließen sich ins Ungemessene vermehren, sie alle aber deuten darauf hin, daß der Sprachgebrauch statt der Bezeichnung „Blankettstrafgesetze" gebieterisch die Form „Blankostrafgesetze" verlangt.

Diese Forderung wird aber — und zwar noch eindringlicher — auch gerechtfertigt

2. durch den speziellen Sprachgebrauch bezüglich des Wortes „Blankett." Ich fand hier:

a) Blankoakzept[1]), Blankogiro, Blankoindossament, Blankokredit, Blankopapier, Blankovollmacht, Blankowechsel, Blankozeichner, Blankozession.

b) Blankoausfüllung — Blankettausfüllung, Blankotradition — Blankettradition, Blankogeschäft — Blankettgeschäft[2]), Blankoverkauf — Blankettverkauf. Die zweite Zusammensetzung ist hier stets kasuell.

c) Blankettmißbrauch, Blankettfälschung u. s. f. (kasuell!).

Hier sehen wir die Regel im vollen Umfange bestätigt.[3]) Stets, wo das Grundwort als ein Gegenstand bezeichnet werden soll, der die Natur oder Form eines Blankettes hat oder wo in übertragener Bedeutung eine Tätigkeit als unvollständig, lückenhaft gekennzeichnet werden soll, wird in der Zusammensetzung statt des Substantivs als Bestimmungswort das adjektivische „blanko" verwendet.

Man kann hiegegen nicht einwenden, es handle sich eben beim absolut unbestimmten Strafgesetz um kein eigentliches

---

[1]) Ausnahmsweise und wohl in kasuellem Sinn: Latz, Das Blanket-Accept, Berlin 1898.

[2]) Wie Hut-, Schirmgeschäft.

[3]) Der bei Scherer, GS. 39 621, gebrauchte Ausdruck „Blankettvollmacht" spielt offenbar selbst auf das Blankettstrafgesetz an, ist aber als solcher ganz ungebräuchlich.

Blankett, kein Stück Papier, sondern um eine Uebertragung des Bildes, weshalb eine Abweichung vom gewöhnlichen Sprachgebrauch hier angängig sei: dasselbe liegt auch beim Blankokredit, beim Blankogeschäft und bei der Blankovollmacht — sogar in weit höherem Maße — vor.

Ich halte es demgemäß für eine begründete Forderung, das Blankettstrafgesetz, wenn auch erst ein Lebensalter nach seiner Geburt, ins Blankostrafgesetz umzutaufen.[1])

3. Für das Blankostrafgesetz — diesen Ausdruck wollen wir nunmehr für das absolut unvollständige Strafgesetz gebrauchen — besitzen wir daneben noch die vielen oben[2]) erwähnten, mehr oder weniger zutreffenden termini technici; dagegen hat sich keine feste Bezeichnung herausgebildet für die Bestimmungen, welche Träger der Norm sein sollen; alle Ausdrücke, die an manchen Stellen hiefür auftauchen, wie Supplementarbestimmung[3]), Ergänzungsverordnung[4]), vorbehaltene Norm[5]) u. dergl. sind teils zu eng, teils zu weit, durchwegs aber zu wenig bezeichnend.

Als einfachster und passendster terminus technicus kommt hier nun die „Blankettnorm" in Betracht. Diese Bildung ist auch sprachlich richtig; denn die Norm ist weder ein Blankett noch blankettartig, sie ist vielmehr die zum Blankett gehörige Norm, das Verhältnis ist hier kasuell.

§ 5.

Definition des Blankostrafgesetzes.

So mannigfach wie die verschiedenen für das Blankostrafgesetz aufgestellten Bezeichnungen sind auch die bezüglichen Definitionen.

---

[1]) Erst im Laufe der Bearbeitung fand ich bei Stenglein, Nebengesetze, 1339 Blankovorschrift und 331 Blankogesetz, bei Finger 111. Blankostrafgesetz; einerseits findet sich aber auch dort überwiegend Blankettgesetz, andererseits kein Anhaltspunkt, daß jene Ausdrücke im bewußten und gewollten Gegensatze zum Blankettgesetz gebraucht werden.

[2]) Seite 11 ff.

[3]) BayOG., Samml. 6 379; PrOTr., GoltdArch. 25 64.

[4]) Löning, Verwaltungsrecht 230; Jellinek 381; OLGMünchenSt. 3 519; 5 277.

[5]) Stengel, a. a. O. 319, 326; bayer. PStGB. vom Jahre 1871 Art. 1 Abs. 2.

1. *Binding*[1]) erachtet als wesentliches Merkmal des Blankostrafgesetzes, „daß das Verbot, dessen Uebertretung mit Strafe belegt wird, ausgeht von der Landesbehörde oder Ortspolizeibehörde oder einer sonstigen Behörde oder von der Partikulargesetzgebung.“ Trotz ihrer Länge ist diese Begriffsbestimmung noch nicht erschöpfend, da, wie sich unten zeigen wird,[2]) die Norm auch von anderer Seite erlassen werden kann, so vom Kaiser, den man wohl kaum als Behörde betrachten kann, von der österreichisch-ungarischen Gesetzgebung usw.

2. *Harburger*[3]) definiert als Blankostrafgesetze diejenigen „Strafdrohungen, welche ihre materiellen Voraussetzungen erst durch partikulare, meist sogar nur von Polizeiorganen zu erlassende Vorschriften erhalten.“ Auch diese Definition ist zu eng; denn die Rechtsquelle, von der die Norm stammt, braucht keineswegs eine partikulare zu sein; Gesetze, welche auf Vorschriften des Kaisers, Bundesrates, Reichskanzlers Straffolge setzen, sind echte Blankostrafgesetze.

3. Denselben Fehler begeht *Löwe,*[4]) der hieher diejenigen Bestimmungen bezieht, „welche, anstatt in sich den Tatbestand eines Deliktes erschöpfend zu normieren, das Zuwiderhandeln gegen gewisse landesrechtliche Gebote oder Verbote mit Strafe bedrohen, also in dem Landesrecht ihre Ergänzung finden.“

4. *Rödenbeck*[5]) führt aus: „Die Reichsgesetzgebung hat sich häufig darauf beschränkt, eine Strafdrohung auszusprechen, bezüglich der Norm aber, deren Uebertretung sie bestraft, auf sonstige Anordnungen zu verweisen. Man nennt derartige Gesetze Blankettstrafgesetze.“ Diese Definition ist ebenso wie die von *Lucas,*[6]) der unter Blankostrafgesetzen solche versteht, „welche andere Vorschriften in Bezug nehmen“, zu weit, weil sie auch für das relativ vollständige Strafgesetz paßt.

---

[1]) Binding, Normen 1 161.

[2]) Siehe S. 35, 51.

[3]) Harburger 96.

[4]) Löwe 111. Uebrigens kann auch ein normales Strafgesetz im Landesrecht seine „Ergänzung“ finden.

[5]) Rödenbeck 76.

[6]) Lucas, Subj. Verschuldung 76 Note 2.

5. Nach *Arndt*[1]) charakterisieren sich jene Gesetze „dadurch, daß das Verbot, dessen Uebertretung oder das Gebot, dessen Nichtbefolgung mit Strafe bedroht sind, nicht vom Gesetzgeber, sondern von einem Anderen ausgehen." Das ist zwar im Wesentlichen richtig, aber schleppend.

6. *Kitzinger*[2]) bezeichnet als Blankostrafgesetze „diejenigen Delikte, die der Gesetzgeber selbst als Uebertretung einer Norm bezeichnet, bei denen er aber diese Norm nicht selbst aufstellt, sondern ihre Festsetzung anderen Organen, insbesondere Verwaltungsbehörden, überläßt." Diese Definition ist zunächst formell insoferne mangelhaft, als das Blankostrafgesetz als Delikt bezeichnet wird. Materiell ist die Begriffsbestimmung zu eng, weil es auch Blankostrafgesetze gibt, deren Delikt der Gesetzgeber nicht als Uebertretung einer Norm darstellt.[3])

7. Bei *Beling*[4]) heißt es: „Bisweilen detailliert das Strafgesetz den Tatbestand nicht selbst, sondern umschreibt ihn nur ganz allgemein, indem es die genauere Festsetzung anderen Faktoren überläßt, sogenannte Blankettgesetze." Es gehört aber die Umschreibung des Tatbestandes nicht wesentlich zum Begriffe des Blankostrafgesetzes,[5]) wie es anderseits aber auch derartige Vorschriften gibt, die eine spezielle — nicht nur ganz allgemeine — Umschreibung des Tatbestandes enthalten.[6])

8. *Meyers* Konversationslexikon[7]) definiert als Blankostrafgesetze „diejenigen Gesetze, die nur die Strafandrohung enthalten, während die Aufstellung der Normen, deren Verletzung unter jene fallen soll, anderweitigen Bestimmungen vorbehalten bleibt." Auch hier wird nicht mit genügender Deutlichkeit zum Ausdrucke gebracht, daß die Norm nicht vom Gesetzgeber ausgehen darf.

9. In *Brockhaus*'[8]) Konversationslexikon werden als Blankostrafgesetze erklärt „diejenigen Gesetze, welche nur die Straf-

---

[1]) Arndt, Verordnungsrecht 164.
[2]) Kitzinger, Rechtswidrigkeit 58.
[3]) Siehe S. 32 ff.
[4]) Beling, Grundzüge 45.
[5]) Siehe S. 22.
[6]) Siehe S. 32 ff.
[7]) Meyer, Konversationslexikon, s. h. v.; ähnlich Genzmer 422[21]).
[8]) s. v. Blankettstrafgesetz.

androhung enthalten, während die Aufstellung der Norm, deren Uebertretung unter jene fallen soll, von einer anderen Gewalt (Kaiser, Landesgesetzgebung, Polizei) erfolgt." Hier ist nur der Ausdruck „Gewalt" zu beanstanden, da er geeignet ist, eine falsche Vorstellung von dem normierenden Organ hervorzurufen.[1])

10. *Herders*[2]) Konversationslexikon bringt keine knappe Definition, sondern führt aus: „Blankettstrafgesetz, ein Gesetz, das eine Strafe androht, ohne den strafbaren Tatbestand näher zu bezeichnen; dieser wird erst durch eine besonders bezeichnete Stelle (z. B. Landesgesetzgebung, Polizei etc.) dem gegebenen Gesetzesrahmen eingefügt." In zahlreichen Fällen wird aber der strafbare Tatbestand näher — nur nicht erschöpfend — bezeichnet[3]); ferner bestärkt der Ausdruck „eingefügt" die bei dem Blankostrafgesetz zwar naheliegende, aber unzutreffende Vermutung, daß die Norm dem Strafgesetz hier zeitlich nachfolgen müsse.

11. An demselben Fehler wie die oben unter Ziffer 4 angeführte leidet auch die von *Stenglein*[4]) gegebene Definition des Blankostrafgesetzes als eines solchen, welches die zulässige Strafe für die Uebertretungen festsetze, deren Tatbestand erst durch besondere Vorschriften festgestellt werde.

12. *Liszt*[5]) versteht darunter „diejenigen Strafrechtssätze, in welchen nur die Strafdrohung durch Reichsgesetz bestimmt ist, während die Festsetzung des Tatbestandes anderen Gewalten, sei es dem Kaiser, dem Bundesrat, der Justizverwaltung, der Landesgesetzgebung oder der Polizei, vielleicht sogar der außerdeutschen Gesetzgebung, überlassen wird." Diese Definition ist nur eine ausführlichere Fassung derjenigen in Ziffer 9.

13. *Weinrich*[6]) versteht unter Blankostrafgesetzen solche, bei welchen „die Strafrechtsnorm bezüglich ihrer Wirksamkeit von partikularen Gesetzen oder Verordnungen abhängig ist." Vgl. hiezu Ziffer 2 oben.

---

[1]) Vgl. unten S. 35 Note 1.
[2]) s. v. Blankettstrafgesetz.
[3]) S. 32 ff.
[4]) Stenglein, a. a. O. 331.
[5]) Liszt 90.
[6]) Weinrich, ZStW. 17 798.

14. Dasselbe gilt für den von *Genzmer*[1]) aufgestellten Satz: „Die nur die Strafandrohung enthaltenden Bestimmungen des StGB., bei denen die Aufstellung des Tatbestandes (der Norm), der unter die Strafvorschrift fallen soll, der Polizeibehörde oder der Landesgesetzgebung vorbehalten ist, werden Blankettstrafgesetze genannt."

15. *Birkmeyer*[2]) bemerkt: „Der Tatbestand kann endlich, statt die Norm, deren Uebertretung gestraft werden soll, selbst näher zu bezeichnen, auf eine andere Rechtsquelle verweisen, welche die Norm näher ausgestalten werde (Blankettstrafgesetze)." Hier ist das Wort „Tatbestand" richtiger durch „Strafgesetz" zu ersetzen; auch die Bezeichnung „Rechtsquelle" ist nur mit Vorsicht zu gebrauchen.

16. Die Definition *Kitzingers*[3]): „Der Gesetzgeber bestimmt in den Blankettstrafgesetzen nicht selbst den deliktischen Tatbestand, sondern nur die Strafe für die Uebertretung anderweitig geschaffener Normen" ist an sich einwandfrei, sollte aber doch mehr betonen, daß die Norm nicht vom Gesetzgeber ausgehen dürfe. Das Wort „anderweitig" kann eben auch verstanden werden als „an anderer Stelle", wie beim relativ vollständigen Strafgesetz.

17. Eine Definition muß kurz und präzis sein; diese Forderung, glaube ich, wird am besten verwirklicht in der folgenden Begriffsbestimmung:

„Blankostrafgesetze sind solche Reichsstrafgesetze, bei welchen nur die Strafsatzung, nicht aber die Norm vom Reichsgesetzgeber ausgeht."

§ 6.

Begriff und Wesen des Blankostrafgesetzes.

Aus der aufgestellten Definition ergiebt sich: der grundlegende Unterschied zwischen dem normalen Strafgesetz, mag dasselbe absolut oder nur relativ vollständig sein, und dem Blankostrafgesetz besteht darin, daß beim letzteren die poenalisierte Norm nicht vom Strafgesetzgeber stammt.

---

[1]) Genzmer 278 Note 1.

[2]) Birkmeyer, Encyklopädie 1144.

[3]) Kitzinger, in Vergleichende Darstellung 146.

Das Blankostrafgesetz ist ein schlagender Beweis dafür, daß das Ge- oder Verbot durchaus nicht notwendig mit der Strafsatzung selbst erzeugt wird,[1]) wie dies entgegen der Normentheorie manchmal behauptet wird.

Legt man den von *Oetker*[2]) geprägten Gegensatz zwischen elementaren und formulierten Normen zu Grunde, so ist die Blankettnorm stets formulierte Norm.

Umhauer[3]) will im § 366 Ziffer 1 StGB. folgende elementare Norm finden: „Du sollst nicht die gegen die Störung der Feier der Sonn- und Festtage erlassenen Anordnungen übertreten!" Jenes Gesetz enthält aber überhaupt keine Norm; Umhauer gibt ja selbst im weiteren Verlauf seiner Darstellung zu, daß „stets die normschaffende Instanz das Strafgesetz wirklich ins Leben ruft." Daß neben der Norm das Strafgesetz selbst eine „Sammelnorm" enthalte, ist durchaus unrichtig. Die Norm ist doch stets der Befehl, der übertreten wird; nun sagt aber Umhauer selbst: „Die eigentliche Norm, der ein nach § 366 Ziffer 1 Delinquierender zuwiderhandelt, ist jeweils das Verbot der Polizeibehörde, nicht aber die aus dem Strafgesetz herauszulesende Sammelnorm." Diese letztere ist dann aber überhaupt keine Norm; sie erscheint auch neben der Blankettnorm als gänzlich überflüssig.

Wie mit Unrecht *Edel*[4]) den Tatbestand des Blankostrafgesetzes in der Nichtbeachtung der Norm allein erblicken will dasselbe hat ohne Blankettnorm gar keinen Tatbestand, — so leugnet anderseits *Bar*[5]) überhaupt den Begriff des Blankostrafgesetzes mit dem Hinweis darauf, daß ein Strafgesetz ohne ein darin steckendes Verbot oder Gebot ein Nichts und nicht denkbar wäre, daß demzufolge das Blankostrafgesetz nichts anderes sei als ein spezielles Strafgesetz gegen besondere Arten des Ungehorsams. Das ist die Rückkehr zu *Bindings*[6]) Ungehorsamstheorie, gegen welche mit Recht der Vorwurf des Formalismus erhoben worden

---

[1]) Bierling, a. a. O. 411.
[2]) Oetker, ZVerglR. 12 148.
[3]) Umhauer 34—38.
[4]) Edel, PStGB. von 1861 22.
[5]) Bar, a. a. O. 3 f.
[6]) Binding, Normen 1 186, 206.

ist.[1]) Nach *Bar* bestünden die gesetzlichen Merkmale dieser Delikte lediglich in dem Zuwiderhandeln gegen die bezüglichen Gebote oder Verbote; wir haben aber kein „Blankettgesetzsystem im Normalsinne, wobei der Gesetzgeber mehr oder weniger allgemein die Uebertretung von (Verwaltungs-) Vorschriften mit Strafe bedroht."[2]) Der Zweck des Strafgesetzes kann nicht darin bestehen, die Adressaten der Norm im Gehorsam zu üben; jede Strafbestimmung muß ihre Rechtfertigung finden in einer Rechtsgüterschutzfunktion. Es wird daher nicht der Ungehorsam bestraft, sondern die durch die Norm gebotene oder verbotene Handlung oder Unterlassung.[3])

Es ist ferner nicht einzusehen, warum gerade beim Blankostrafgesetz der formelle Ungehorsam genügen soll; denn das Blankostrafgesetz ist in Zweck und Ziel ganz gleich dem normalen; es ist nicht in seinem Wesen verschieden von jenem, sondern aus ganz anderen Gründen entstanden.[4]) Es ist vielfach nur Willkür des Gesetzgebers, in welcher Form er eine Strafbestimmung erlassen will; ein so tiefgreifender Einfluß auf deren innerste Natur, wie *Bar* will, kann aber von der Wahl der Form nicht abhängen.

Endlich kann der Einwand, es wäre unerklärlich, daß jener Ungehorsam bald Vergehen, bald Uebertretung wäre, bald schwer, bald leicht bestraft würde, nicht mit der Behauptung abgetan werden, daß wegen des verschiedenen Wertes der betroffenen Rechtsgüter — womit man aber doch den notwendigen Zusammenhang des Strafgesetzes mit diesen zugibt — der eine Ungehorsam schwerer ins Gewicht falle als der andere; Ungehorsam bleibt Ungehorsam.

Das Blankostrafgesetz gibt den von ihm unter Strafe gestellten Tatbestand keinesfalls erschöpfend an; es ist jedoch irrig, wenn *Binding*[5]) meint, ein solches Gesetz ohne einen wenn auch noch so vagen Tatbestand lasse sich nicht denken, und *Kitzinger*[6])

[1]) Berolzheimer, Entgeltung 128; Goldschmidt, Festgabe 426 ff. Kitzinger, Ort und Zeit 112.

[2]) Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht 576 und N. 122.

[3]) Siehe unten S. 69.

[4]) Siehe oben S. 10 f.

[5]) Binding, a. a. O. 185.

[6]) Kitzinger, Rechtswidrigkeit 58.

ausführt: „Es gibt kein Strafgesetz, dessen Tatbestand als die Uebertretung von Verordnungen etc. schlechthin bezeichnet würde, sondern immer wird der Gegenstand dieser Verordnungen in dem Tatbestand bezeichnet." Es ist allerdings zutreffend, daß die Strafgesetzgebung des deutschen Reiches — und zwar mit vollem Recht[1]) — sich nicht dazu verstanden hat, jemanden ein solches allgemeines Blankett auszustellen. Dies wäre aber keineswegs undenkbar, sondern ist nur aus rechtspolitischen Erwägungen unterblieben. So lautet z. B. Art. 258 des Vorentwurfs zu einem schweizerischen StGB.:

„Wer den Anordnungen, die eine Polizeibehörde oder ein Polizeibeamter befugterweise trifft, nicht nachkommt, wird mit Buße bis zu 100 Franken oder Haft bis zu 8 Tagen bestraft."

Aehnlich ist die oben[2]) erwähnte generelle Bestimmung des Art. 471 Ziffer 15 des code pénal.

Dagegen bildete Art. 33 des Entwurfs zu einem PStGB. für das Königreich Bayern vom Jahre 1861[3]) kein Blankostrafgesetz, da er den dort bezeichneten Behörden nicht nur den Erlaß der Norm, sondern auch den der Strafdrohung zugestand.

Es will zwar *Arndt*[4]) unter den Blankostrafgesetzen folgende zwei Arten unterscheiden: „Die einen sind die, wo sowohl die Strafbarkeit wie die Strafe vom Gesetzgeber selbst ausgesprochen, die zu bestrafenden Handlungen dagegen von einem anderen bestimmt werden. Bei den anderen hingegen überläßt der Gesetzgeber auch noch die Sanktion der Strafbarkeit und die Androhung der Strafe demjenigen, der zu dem Erlaß des Gebotes oder Verbotes von ihm ermächtigt ist und begnügt sich seinerseits damit, daß er das Maximum der Strafe festsetzt." Eine Vorschrift der zweiten Gattung ist aber so wenig Blankostrafgesetz wie etwa das oben[5]) erwähnte preußische G. vom Jahre 1850 oder § 5 des

[1]) Das hat schon Rosshirt, Neues Arch. 12 299 f., verlangt und Anonymus, BlAdmPr. 12 70 an der bayerischen Gesetzgebung von 1861 rühmend hervorgehoben.

[2]) Siehe S. 8.

[3]) Edel in Vhdl. 158 f. Es war in jenem Art. eine sehr allgemein gehaltene Ermächtigung zur Straffestsetzung vorgesehen.

[4]) Arndt, a. a. O. 164.

[5]) Siehe S. 9.

EG. zum StGB.; es ist überhaupt kein Strafgesetz im technischen Sinn, da ihm die hiefür notwendige Strafdrohung fehlt.[1])

Die Blankettnorm bildet eine zur Wirksamkeit notwendige Ergänzung des Blankostrafgesetzes; dies ist der Regelfall. Es ist verkehrt, zu behaupten, das Blankostrafgesetz diene zur Ergänzung der der Strafsatzung entbehrenden Norm; das Strafgesetz ist das Blankett, welches ausgefüllt werden soll. Es ist daher die Ansicht von *Heinze*[2]) zurückzuweisen, daß „es sich hier um einfache Polizeigesetze der Einzelstaaten handle, an welche sich die Strafdrohungen des Bundesgesetzes anschließen und durch welche die Voraussetzungen dieser Strafdrohungen erst gegeben werden." Die bindende Kraft der Verknüpfung von Tatbestand und Rechtsfolge, also des Strafrechtssatzes selbst, ruht auf reichsgesetzlicher Anordnung,[3]) das Strafgesetz ist daher ein reichsrechtliches auch bei partikularer Norm.

Seiner Natur nach erwartet das Blankostrafgesetz eine Mehrheit von zu seiner Ergänzung dienenden Normen und es bringt dies dadurch zum Ausdruck, daß es die Uebertretung von „Anordnungen, Vorschriften, Maßregeln" u. s. f. unter Strafe stellt. Es ist aber natürlich schon derjenige straffällig, der nur einer solchen Anordnung u. s. f. zuwidergehandelt hat[4]) und jede Normverletzung bildet ein selbständiges Delikt.[5])

An sich kann die Ausstellung des Blankettes hinsichtlich dessen Ausfüllung imperativischer oder nur ermächtigender Natur sein, in welch letzterem Falle dann die Normierung entweder überhaupt oder doch unter gewissen Umständen dem Ermessen des Blankettempfängers freigestellt ist.[6]) Das Reichsrecht zwingt in keinem Falle zur Erlassung der Blankettnorm, sondern überläßt diese dem Ermessen des jeweils zuständigen Organs,[7]) welchem es freisteht, „dem Schemen der reichsgesetzlichen Strafdrohung

---

[1]) Vgl. Weinrich, a. a. O. 797.
[2]) Heinze, Erörterungen 41 f.
[3]) Liszt 90.
[4]) Oetker, GS. 64 142.
[5]) Kah 33 Note 3; Wertheimer 65.
[6]) Jellinek 382.
[7]) Stengel, a. a. O. 341.

einen positiven Inhalt zu geben oder dieselbe in ihrer schattenhaften Existenz oder besser Nicht-Existenz zu belassen."[1])

Gegenüber den deutschen Bundesstaaten besteht kein anderes Zwangsmittel zur Normierung als die — hier wohl nie erfolgende — Bundesexekution,[2]) während z. B. das Widerstreben des Bundesrates überhaupt nicht gebrochen werden kann.

§ 7.

Die Blankostrafgesetze des deutschen StGB.

Eine teils erschöpfende teils beispielsweise Aufzählung der im StGB. enthaltenen Blankostrafgesetze ist von verschiedenen Seiten gegeben worden; die Verschiedenheit der Ansichten zeigt am besten folgende Uebersicht:

---

[1]) Umhauer, a. a. O. 37.

[2]) Kayser, HHB. 4 43.

[3]) Binding, Normen 1 162 Note 10. Im Grundriß, allg. Teil, zählt Binding S. 65, auch die §§ 357 und 361[2] auf; daß es sich hier nicht um Blankostrafgesetze handelt, leuchtet ohne weiteres ein.

[4]) Binding, Lehrb., Bes. Teil II 2 743 N. 1.

[5]) Bornhak 3 146 Note 32.

[6]) Goldschmidt, VerwStR. 445 Note 28.

[7]) Harburger, Inland 96 Note 3.

[8]) Heinze, Verhältnis 14, 56.

[9]) Kah 7.

[10]) Kayser, a. a. O. 41 f.

[11]) Oetker, GS. 64 155 f.

[12]) Rosenberg, ZStW. 24 17 Note 69.

[13]) Rosin (1. Aufl.) 47 Note 36.

[14]) Rotering, GoltdArch. 31 355.

[15]) Seuffert in Strafgesetzgebung 1 34 f.

Wie schon oben Seite 22 erwähnt, besitzen wir auf keinem Gebiete des Strafrechts ein Blankostrafgesetzsystem im Normalsinne; vielmehr ist das Blankostrafgesetz überall Ausnahme gegenüber dem normalen.

Kein Zweifel an der Blankettnatur kann sich ergeben bei den §§ 145, 327, 328, $360^{9,12}$, 361^{6}, $366^{1,10}$, $366a$, $367^{2,5,5a,9,14,16}$, $368^{1,2,8}$, $369^{2,3}$.

Die oben wiedergegebenen Zusammenstellungen der verschiedenen Autoren berücksichtigen größtenteils nur den Uebertretungsabschnitt des StGB.; daher fehlen die §§ 145, 327, 328 bei den meisten derselben.

Binding hält mit Unrecht den § 353a Abs. 2 StGB. für ein Blankostrafgesetz; denn diese Bestimmung enthält bereits einen vollständigen Tatbestand und eine komplette Norm. Nicht erst dadurch, daß die amtlichen Anweisungen erteilt werden, entsteht ein wirksames Strafgesetz, dieselben sind nur ein Tatbestandsmerkmal, genau so wie die Aufforderung in § 116 StGB. Läge hier ein Blankostrafgesetz vor, so hätten wir den von *Binding* (Seite 22 oben) als undenkbar bezeichneten Fall eines Gesetzes ohne jeden auch noch so vagen Tatbestand. In Wirklichkeit kommt es hier nicht auf den Inhalt der Anweisung, sondern auf deren Nichtbeachtung an; es handelt sich hier um das Delikt des amtlichen Ungehorsams im diplomatischen Dienst.

Dagegen ist die zweite Alternative des $\S\ 360^{2}$ („wider das Verbot der Behörde") ein Blankostrafgesetz; der Zweifel hieran ist nur durch die eigenartige Form jener Vorschrift hervorgerufen worden. Die Bedenken werden aber wohl zerstreut, wenn wir jener Bestimmung die gewöhnliche Fassung des Blankostrafgesetzes geben:

„Wer den von der Behörde über das Aufsammeln von Waffen oder Schießbedarf außerhalb des Gewerbebetriebes erlassenen Verboten zuwiderhandelt."

Inhaltlich hat sich damit an jener Bestimmung gar nichts geändert; höchstens könnte in der von uns gegebenen Fassung das Blankett etwas allgemeiner gefaßt erscheinen. Wir sehen aber nun zugleich, welche Gründe den Gesetzgeber zu der von ihm gewählten Formulierung veranlaßt haben; sie ist erstens kürzer und

weniger schwulstig als die von uns konstruierte und eignet sich ferner zur Verbindung mit der ersten Alternative („heimlich".)[1])

Bei *Bornhak* und *Binding* findet sich hier auch § 360 [10] StGB. aufgeführt. Diese Vorschrift ist aber ebensowenig Blankostrafgesetz wie § 353a II[2]).

Kah hält für ein solches den § 360 [14]. Allein die Aufnahme des Wortes „unbefugt" in dessen Tatbestand vermag jene Bestimmung nicht zu einem Blankostrafgesetz zu machen; noch nie hat jemand die §§ 370 [1, 2, 4] als solches bezeichnet. Oder sollte hier ein Druckfehler vorliegen und § 360 [12] gemeint sein?

Bestritten ist ferner, ob § 361 [1] ein Blankostrafgesetz darstellt; die Frage muß verneint werden;[3]) denn die Beschränkungen, welche die Polizeiaufsicht auferlegen kann, sind in §§ 38, 39 StGB. erschöpfend dargestellt. § 361 [1] umfaßt demnach nur folgende Tatbestände:

„Mit Haft wird bestraft, wer, nachdem er unter Polizeiaufsicht gestellt worden ist,

a) der ihm den Aufenthalt an einzelnen bestimmten Orten untersagenden, oder

b) der ihn als Ausländer aus dem Bundesgebiete verweisenden Anordnung der höheren Landespolizeibehörde zuwiderhandelt."

Sonach haben wir hier nicht ein Blankett vor uns, das durch eine Norm ausgefüllt werden müßte, sondern ein bereits abgeschlossenes, der Fassung nach nur relativ vollständiges Strafgesetz, das einfach zu seiner Verwirklichung eine im übrigen inhaltlich genau umschriebene obrigkeitliche Verfügung voraussetzt.[4])

Es ist daher aus demselben Grunde auch *Binding* im Irrtum, wenn er § 361[2] als Blankostrafgesetz erachtet; der Inhalt der fraglichen Anordnungen ist ein ganz bestimmter, die ausweisende

---

[1]) A. A. wohl Olshausen 2 1416 und Frank, StGB. 483, die sonst die Blankettnatur ausdrücklich hervorheben.

[2]) Gl. A. auch Olshausen 2 1425, und Frank, a. a. O. 487.

[3]) Gl. A. wohl auch Olshausen 2 1434.

[4]) Undeutlich ist die Darstellung bei Seuffert, a. a. O. 34 f.; dort werden zunächst die Blankostrafgesetze erwähnt; dann heißt es: „Das gleiche strafrechtliche Verhältnis ist gegeben, wenn das Gesetz demjenigen Strafen androht, welcher die für einzelne Tatbestände oder für eine begrenzte Mehrheit von Tatbeständen getroffenen Anordnungen der Obrigkeit mißachtet. (Vgl. StGB. §§ 360[10], 361[1, 6, 7], 367[18, 14])."

Behörde ist nicht im Besitze eines Blanketts, das sie beliebig ausfüllen könnte. Oder ist vielleicht § 140 Abs. 1 Ziffer 3 StGB. auch ein Blankostrafgesetz? Endlich kann deshalb, weil der Tatbestand des § 361[2] das Moment „ohne Erlaubnis" enthält, jene Vorschrift keineswegs als Blankostrafgesetz erachtet werden; denn die Erlaubnis ist ja gerade dasjenige, was die sonst strafbare Handlung zu einer straflosen macht, sie begründet die Ausnahme von der betreffenden Norm. Das Belieben des für zuständig erklärten Organs besteht hier nur in der Erteilung oder Versagung der Erlaubnis, wenn um diese überhaupt nachgesucht wird, nicht aber hat es ein Blankett auszufüllen.[1])

Auch der von *Kayser* angezogene § 361[7] und der von *Rosenberg* unter die Blankostrafgesetze gerechnete § 361[9] gehören in Wirklichkeit nicht hieher; beide Bestimmungen stellen vollkommen geschlossene Tatbestände auf.

Wie aus der obigen Zusammenstellung ersichtlich ist, geht die überwiegende Meinung[2]) dahin, daß § 365 StGB. ein Blankostrafgesetz darstelle; dieser Ansicht wird beizupflichten sein. Denn es ist hier tatsächlich ein Blankett gegeben, dessen Ausfüllung durch Gesetz[3]) oder, wie andere meinen, durch Polizeiverordnung[4]) beliebig erfolgen kann. Der Spielraum, in dem sich die Norm bewegen kann, ist allerdings hier kein großer, aber doch besteht die Wahl, wie lange die Polizeistunde ausgedehnt werden, auf welche Lokale sie sich erstrecken soll, welche Ausnahmen zuzulassen sind und dgl.. Die „Aufforderung" des Wirtes ist natürlich für die Annahme eines Blankostrafgesetzes unerheblich, da sie nur ein Tatbestandsmoment bildet.

Dasselbe ist der Fall bezüglich des mangelnden „Vorwissens der Behörde" in § 367[1], weshalb dessen Blanketteigenschaft zu verneinen ist.

Aus dem bezüglich der fehlenden polizeilichen bezw. behördlichen Erlaubnis oben Ausgeführten ergibt sich, daß auch §§ 367[3,4] keine Blankostrafgesetze darstellen, sowenig wie

---

[1]) Goldschmidt, a. a. O. 183 Note 48.

[2]) Gl. A. Olshausen 2 1453; OLG. Cassel, GoltdArch. 40 176. A. A. wohl Frank, a. a. O. 502, und OLG. Celle, GoltdArch. 53 187.

[3]) KG., GoltdArch. 39 183; OLG. Cassel, GoltdArch. 40 176.

[4]) BayOG., Samml. 5 516; RG. 10 296; über das KG. siehe Lindemann 97.

die §§ 367 8, 11. In allen diesen Fällen macht eben nur die erteilte Erlaubnis straflos, ohne daß durch sie die im Strafgesetze schon vollständig zum Ausdruck gebrachte Norm alteriert würde.

Warum *Kayser* § 367 12 zu den Blankostrafgesetzen rechnet, erscheint unerfindlich.

Zahlreicher ist die Ansicht vertreten, welche §§ 367 13, 15 hiezu zählt.

Was zunächst § 367 13 betrifft, so verneint hier auch *Olshausen* [1]) das Vorhandensein eines Blankostrafgesetzes; „denn die Aufforderung ergeht individuell, ohne daß es dabei um Ausfüllung eines Strafgesetzes durch eine Norm sich handelt, die vielmehr in ihm bereits enthalten ist.“ Hiezu ist nur zu bemerken, daß der individuelle Charakter der „Aufforderung“ an sich allein nicht absolut ausschlaggebend wäre. [2])

O. Mayer [3]) führt hier aus, es könne die amtliche Aufforderung nach bereits begründeter Gehorsamspflicht und begonnenem Ungehorsam ergehen, um diesem ein Ende zu machen; das sei dann kein Befehl, sondern eine Mahnung, die auf die ungünstige Rechtslage, in welcher sich der Gemahnte befindet, und deren Folgen aufmerksam machen soll. Es „bedeutet aber auch die Mahnung nichts mehr als die Beseitigung der Bedingung, welche der Strafrechtssatz sich selbst gesetzt hat; dieser gelangt nun zur Wirkung, als wäre die Bedingung nicht gewesen. Die Mahnung hat keine selbstständig bindende Kraft, mit der sie das Pflichtverhältnis rechtlich bestimmte.“

Wo demnach das Strafgesetz die Straffolge an eine „Aufforderung“ knüpft, kann damit ein Befehl oder eine Mahnung vorliegen; die Mahnung kann aber nicht die Grundlage eines Blankostrafgesetzes sein. Dafür nun, daß in § 367 13 eine reine Mahnung gemeint ist, scheint mir schon der Umstand ausschlaggebend, daß hier das Unterlassen „trotz der polizeilichen Aufforderung“ bestraft werden soll, während in allen anderen Fällen „wider das Verbot, dem Verbot zuwider“ gehandelt werden muß. Damit ist unbewußt der Gegensatz von Mahnung und Befehl klar zum Ausdruck gelangt.

---

[1]) Olshausen 2 1480.

[2]) Vgl. unten S. 45 ff.

[3]) Mayer, Deutsches VerwR. 1 284, 316 f.

Somit stellt sich die Aufforderung in § 367[13] nicht als Trägerin der poenalisierten Norm, sondern lediglich als ein Tatbestandsmerkmal eines normalen Strafgesetzes dar.[1])

Aehnlich verhält es sich auch mit § 367[15], auch diese Vorschrift enthält die mit Strafschutz bekleidete Norm vollständig; von einem Blankett kann nicht die Rede sein. Sonst würde wohl auch § 286 StGB. ein Blankostrafgesetz darstellen!

Zur Widerlegung der Ansicht, daß es sich bei § 368[3] um ein solches Gesetz handle, genügt der Hinweis auf das zu § 361[2] Bemerkte.

Wir können demnach im StGB folgende Blankostrafgesetze feststellen: §§ 145, 327, 328, 360[2, 9, 12], 361[6], 365, 366[1, 10], 366a, 367[2, 5, 5a, 9, 14, 16], 368[1, 2, 8], 369[2, 3].[2])

§ 8.

Die wichtigsten Blankostrafgesetze der Reichsstrafnebengesetze.

Eine erschöpfende Aufzählung der fraglichen Vorschriften ist bisher nur versucht worden von *Arndt*[3]) und in größerem Umfang von *Oetker*.[4]) Es kommen hier folgende Bestimmungen in Betracht.

1. § 9 des preußischen G. vom 4. Juni 1851 über den Belagerungszustand (Gesetzessammlung 451)[5]).
2. § 15 des SalzsteuerG. vom 12. Oktober 1867 (BGBl. 41).
3. §§ 65, 69 des BranntweinsteuerG. vom 8. Juli 1868 (BGBl. 384).
4. §§ 13, 15, 28 des WStempG. vom 10. Juni 1869 (BGBl. 193).
5. §§ 146[2], 146a, 147[4], 148[4a, 7e, 8, 9b, 18], 150[4] der GewO.[6])
6. §§ 134, 152 des VereinszollG. vom 1. Juli 1869 (BGBl. 317)[7]).

---

[1]) Gl. A. auch Oetker, GS. 64 160; Rödenbeck 72 f.

[2]) Das Reichsrecht kennt übrigens auch nicht-strafrechtliche Blankogesetze, z. B. § 482 BGB., § 453 HGB., § 77 des G. vom 27. Juni 1871 (RGBl. 275).

[3]) Arndt, Verordnungsrecht 162.

[4]) Oetker, a. a. O. 155.

[5]) Vgl. Art. 68 der RV.

[6]) §§ 147[5], 148[4, 7e] sind normale Strafgesetze: Oetker, a. a. O. 160; mit Unrecht verneinen OLG. Frankfurt, GoltdArch. 49 160, und KG., GoltdArch. 41 318, die Blankettnatur der §§ 150[4] bzw. 148[8].

[7]) Die Klausel „sofern keine besondere Strafe angedroht ist“ schließt die Blankostrafgesetznatur nicht aus. A. A. Goldschmidt, a. a. O. 420 Note 46.

7. § 35 des BrausteuerG. vom 31. Mai 1872 (RGBl. 153).
8. § 27 des KriegsleistungsG. vom 13. Juni 1873 (RGBl. 129).
9. Art. 13 des MünzG. vom 9. Juli 1873 (RGBl. 233).
10. §§ 10,15 des ImpfG. vom 8. April 1874 (RGBl. 31).
11. § 5 des PreßG. vom 7. Mai 1874 (RGBl. 65).
12. § 59 des BankG. vom 14. März 1875 (RGBl. 177).
13. § 5 des G. vom 25. Februar 1876 (RGBl. 163).
14. RobbenG. vom 4. Dezember 1876 (RGBl. 233).
15. §§ 1, 3 des RinderpestG. vom 21. Mai 1878 (RGBl. 95).
16. §§ 14, 15 des SpielkartenstempelG. vom 3. Juli 1878 (RGBl. 133).
17. § 8 des NahrMittelG. vom 14. Mai 1879 (RGBl. 145).
18. § 40 des TabaksteuerG. vom 16. Juli 1879 (RGBl. 245).
19. § 3 des BranntweinsteuerG. vom 19. Juli 1879 (RGBl. 259).
20. § 17 des G. vom 20. Juli 1879 (RGBl. 1906 109).
21. § 4 des MeldungsG. vom 25. März 1880 (RGBl. 181).
22. §§ 2, 4, 8, 66 des ViehseuchenG. vom 23. Juni 1880 (RGBl. 1894 405).
23. § 2 des G. vom 19. Juni 1883 (RGBl. 105).
24. § 2 des G. vom 30. April 1884 (RGBl. 48).
25. § 9 des SprengstG. vom 9. Juni 1884 (RGBl. 91).
26. §§ 19, 26, 31 des BranntweinsteuerG. vom 24. Juni 1887 (RGBl. 1902 243).
27. § 6 des VogelschutzG. vom 22. März 1888 (RGBl. 111).
28. § 10 des TelegraphenG. vom 6. April 1892 (RGBl. 467).
29. § 81 des KrankVG. vom 10. April 1892 (RGBl. 1903 233).
30. Art. 62 der Betriebsordnung vom 5. Juli 1892 (RGBl. 691).
31. § 8 des G. vom 3. Juli 1893 (RGBl. 205).
32. §§ 2, 3, 5 des G. vom 9. Juni 1895 (RGBl. 253).
33. § 132 des BinnenSchG. vom 15. Juni 1895 (RGBl. 1898 868).
34. § 32 des FlößereiG. vom 15. Juni 1895 (RGBl. 341).
35. § 26 des BranntweinsteuerG. vom 16. Juni 1895 (RGBl. 276).
36. § 4 des SklavenraubG. vom 28. Juli 1895 (RGBl. 425).
37. § 5 des UWG. vom 27. Mai 1896 (RGBl. 145).
38. §§ 44, 52 des ZuckersteuerG. vom 27. Mai 1896 (RGBl. 1903 1).
39. §§ 43, 44, 47 des AuswanderungsG. vom 9. Juni 1897 (RGBl. 463).
40. § 18 des MargarineG. vom 15. Juni 1897 (RGBl. 475).

41. § 12 des G. vom 1. Juni 1898 (RGBl. 905).
42. § 8 des G. vom 20. Juni 1899 (RGBl. 315).
43. § 22 des FlaggenG. vom 22. Juni 1899 (RGBl. 319).
44. §§ 21, 26, 27 des SchlachtviehG. vom 3. Juni 1900 (RGBl. 547).
45. §§ 13, 45, 46 des G. vom 30. Juni 1900 (RGBl. 306).
46. § 106 des G. vom 12. Mai 1901 (RGBl. 139).
47. § 5 der VO. vom 16. Oktober 1901 (RGBl. 379).[1])
48. §§ 19, 21 des SchaumweinsteuerG. vom 9. Mai 1902 (RGBl. 155).
49. §§ 113, 117 der SeemO. vom 2. Juni 1902 (RGBl. 175).
50. § 9 des G. vom 2. Juni 1902 (RGBl. 215).
51. § 10 des SüßstoffG. vom 7. Juli 1902 (RGBl. 253).
52. §§ 23 ff. des KinderschutzG. vom 30. März 1903 (RGBl. 113).
53. § 10 des ReblausG. vom 6. Juli 1904 (RGBl. 261).
54. §§ 77, 82 der Bau- und Betriebsordnung vom 4. November 1904 (RGBl. 387).
55. §§ 17, 20 des ZigarettensteuerG. vom 3. Juni 1906 (RGBl. 631).
56. § 49 des ErbschaftssteuerG. vom 3. Juni 1906 (RGBl. 654).
57. §§ 2, 3, 71 des RStempG. vom 3. Juni 1906 (RGBl. 695).
58. § 5 des G. vom 25. März 1907 (RGBl. 87).

§ 9.

Arten des Blankostrafgesetzes.

Die Blankostrafgesetze des Reichs sind von buntester Mannigfaltigkeit; es wäre müßig, alle möglichen Differenzierungsgründe anzuführen und insbesonderre sie auf sämtliche in Betracht kommenden Bestimmungen auszudehnen. Es seien hier nur die wichtigsten Gesichtspunkte unter vorzugsweiser Berücksichtigung der Blankovorschriften des StGB. aufgestellt.

I. Wie schon oben (S. 22) erwähnt, ist dem Reichsstrafrecht ein Blankostrafgesetz ohne jede Andeutung eines Tatbestandes, demnach auch ohne jede Beschränkung in der Normfestsetzung unbekannt. Die dem Normempfänger gelassene Freiheit geht aber infolge des bald mehr, bald weniger Spielraum gewährenden Blanketts auch sehr verschieden weit.[2])

---

[1]) Vgl. § 6 des G. vom 25. Juli 1900 (RGBl. 813).

[2]) Oetker, a. a. O. 154.

Ich unterscheide hier nach *Oetker*[1]) insbesondere zwei Fälle:

1. Die erste Gruppe bilden diejenigen Gesetze, die sich der eigenen Bezeichnung der deliktischen Handlung vollständig enthalten und ganz allgemein auf die Blankettnorm verweisen; für diese ergibt sich eine Beschränkung nur aus der Andeutung, welche der Gesetzgeber über den Gegenstand der Norm gegeben hat. Die typische Form dieser Gruppe ist: „Wer der Blankettnorm zuwiderhandelt, wird bestraft."

2. Der zweiten Gruppe gehören diejenigen Strafgesetze an, welche die durch die Norm zu gebietende oder zu verbietende Handlung oder Unterlassung selbst näher bezeichnen. Hier wird der Normfestsetzung keine Freiheit darüber gelassen, welche Handlung oder Unterlassung sie zum Tatbestand des Strafgesetzes machen will, es handelt sich für sie nur darum, zu bestimmen, in welchem Umfange und unter welchen Umständen die Handlung oder Unterlassung Gegenstand der Norm sein soll. Es ist hier also der Willkür des Blankettempfängers eine viel engere Grenze gezogen als bei der ersten Gruppe. Die Grundform, welche hier das StGB. gewählt hat, lautet: „Wer entgegen der Blankettnorm dies oder jenes tut, wird bestraft."

Es ist also die erste Gruppe generell limitiert, die zweite speziell; hievon ausgehend sind die von *Oetker*[2]) vorgeschlagenen Bezeichnungen „generelles und spezielles Blankostrafgesetz" vollkommen zutreffend.

Im StGB. und auch sonst überwiegt die erste Gruppe weitaus über die zweite; es mag sein, daß die Schuld zum Teil die Bequemlichkeit des Gesetzgebers trägt; man darf aber doch nicht vergessen, daß das Blankostrafgesetz eben nur Notbehelf ist für die Fälle, wo der Gesetzgeber wegen der verschiedenen und wechselnden örtlichen und zeitlichen Bedürfnisse dem „Bevollmächtigten eine bestimmte Marschroute" nicht wohl vorschreiben kann. Wenn der Gesetzgeber die zu normierende Handlung oder Unterlassung schon selbst bestimmen kann, so entfällt auch damit in demselben Maße das Bedürfnis nach dem Blankostrafgesetz.

[1]) Oetker, a. a. O. 154 ff.: daselbst auch die Zuteilung der Bestimmungen des StGB. zu den 2 Gruppen: bei der zweiten fehlen §§ 365 und 368[8] erste Alternative.

[2]) Oetker, a. a. O. 133.

41. § 12 des G. vom 1. Juni 1898 (RGBl. 905).
42. § 8 des G. vom 20. Juni 1899 (RGBl. 315).
43. § 22 des FlaggenG. vom 22. Juni 1899 (RGBl. 319).
44. §§ 21, 26, 27 des SchlachtviehG. vom 3. Juni 1900 (RGBl. 547).
45. §§ 13, 45, 46 des G. vom 30. Juni 1900 (RGBl. 306).
46. § 106 des G. vom 12. Mai 1901 (RGBl. 139).
47. § 5 der VO. vom 16. Oktober 1901 (RGBl. 379).[1])
48. §§ 19, 21 des SchaumweinsteuerG. vom 9. Mai 1902 (RGBl. 155).
49. §§ 113, 117 der SeemO. vom 2. Juni 1902 (RGBl. 175).
50. § 9 des G. vom 2. Juni 1902 (RGBl. 215).
51. § 10 des SüßstoffG. vom 7. Juli 1902 (RGBl. 253).
52. §§ 23 ff. des KinderschutzG. vom 30. März 1903 (RGBl. 113).
53. § 10 des ReblausG. vom 6. Juli 1904 (RGBl. 261).
54. §§ 77, 82 der Bau- und Betriebsordnung vom 4. November 1904 (RGBl. 387).
55. §§ 17, 20 des ZigarettensteuerG. vom 3. Juni 1906 (RGBl. 631).
56. § 49 des ErbschaftssteuerG. vom 3. Juni 1906 (RGBl. 654).
57. §§ 2, 3, 71 des RStempG. vom 3. Juni 1906 (RGBl. 695).
58. § 5 des G. vom 25. März 1907 (RGBl. 87).

§ 9.

Arten des Blankostrafgesetzes.

Die Blankostrafgesetze des Reichs sind von buntester Mannigfaltigkeit; es wäre müßig, alle möglichen Differenzierungsgründe anzuführen und insbesonderre sie auf sämtliche in Betracht kommenden Bestimmungen auszudehnen. Es seien hier nur die wichtigsten Gesichtspunkte unter vorzugsweiser Berücksichtigung der Blankovorschriften des StGB. aufgestellt.

I. Wie schon oben (S. 22) erwähnt, ist dem Reichsstrafrecht ein Blankostrafgesetz ohne jede Andeutung eines Tatbestandes, demnach auch ohne jede Beschränkung in der Normfestsetzung unbekannt. Die dem Normempfänger gelassene Freiheit geht aber infolge des bald mehr, bald weniger Spielraum gewährenden Blanketts auch sehr verschieden weit.[2])

[1]) Vgl. § 6 des G. vom 25. Juli 1900 (RGBl. 813).
[2]) Oetker, a. a. O. 154.

Ich unterscheide hier nach *Oetker*[1]) insbesondere zwei Fälle:

1. Die erste Gruppe bilden diejenigen Gesetze, die sich der eigenen Bezeichnung der deliktischen Handlung vollständig enthalten und ganz allgemein auf die Blankettnorm verweisen; für diese ergibt sich eine Beschränkung nur aus der Andeutung, welche der Gesetzgeber über den Gegenstand der Norm gegeben hat. Die typische Form dieser Gruppe ist: „Wer der Blankettnorm zuwiderhandelt, wird bestraft."

2. Der zweiten Gruppe gehören diejenigen Strafgesetze an, welche die durch die Norm zu gebietende oder zu verbietende Handlung oder Unterlassung selbst näher bezeichnen. Hier wird der Normfestsetzung keine Freiheit darüber gelassen, welche Handlung oder Unterlassung sie zum Tatbestand des Strafgesetzes machen will, es handelt sich für sie nur darum, zu bestimmen, in welchem Umfange und unter welchen Umständen die Handlung oder Unterlassung Gegenstand der Norm sein soll. Es ist hier also der Willkür des Blankettempfängers eine viel engere Grenze gezogen als bei der ersten Gruppe. Die Grundform, welche hier das StGB. gewählt hat, lautet: „Wer entgegen der Blankettnorm dies oder jenes tut, wird bestraft."

Es ist also die erste Gruppe generell limitiert, die zweite speziell; hievon ausgehend sind die von *Oetker*[2]) vorgeschlagenen Bezeichnungen „generelles und spezielles Blankostrafgesetz" vollkommen zutreffend.

Im StGB. und auch sonst überwiegt die erste Gruppe weitaus über die zweite; es mag sein, daß die Schuld zum Teil die Bequemlichkeit des Gesetzgebers trägt; man darf aber doch nicht vergessen, daß das Blankostrafgesetz eben nur Notbehelf ist für die Fälle, wo der Gesetzgeber wegen der verschiedenen und wechselnden örtlichen und zeitlichen Bedürfnisse dem „Bevollmächtigten eine bestimmte Marschroute" nicht wohl vorschreiben kann. Wenn der Gesetzgeber die zu normierende Handlung oder Unterlassung schon selbst bestimmen kann, so entfällt auch damit in demselben Maße das Bedürfnis nach dem Blankostrafgesetz.

[1]) Oetker, a. a. O. 154 ff.: daselbst auch die Zuteilung der Bestimmungen des StGB. zu den 2 Gruppen: bei der zweiten fehlen §§ 365 und 368[8] erste Alternative.

[2]) Oetker, a. a. O. 133.

Wo die erste der beiden Formen gegeben ist, kann sich an der Blankettnatur des Gesetzes kein Zweifel ergeben, wohl möglich ist dies aber im zweiten Fall; denn hier kann sehr leicht fraglich werden, ob die Bezugnahme auf die in dem Blankostrafgesetz erwähnte Vorschrift wirklich erst die Schaffung des gesetzlichen Tatbestandes bezweckt oder ob damit nur ein Tatbestandsmerkmal aufgestellt ist.

Das spezielle Blankostrafgesetz ist ein Mittelding zwischen dem generellen und dem normalen Strafgesetz; während das letztere einen voll ausgeprägten, das generelle Blankostrafgesetz gar keinen gesetzlichen Tatbestand enthält, stellt das spezielle hievon einen Teil auf, während es der Norm vorbehalten bleibt, denselben ihrerseits zu ergänzen.

II. Eine weitere Unterscheidung ist dahin zu treffen, daß es Strafgesetze gibt, welche nur Blankostrafgesetze sind, und solche, welche teils Blankostrafgesetze, teils Normalstrafgesetze sind.

Bei einer Anzahl von Bestimmungen hängt es nämlich von der Beschaffenheit der konkreten Norm ab, ob das Gesetz sich als Normal- oder Blankostrafgesetz qualifiziert, wenn auch äußerlich ein reines Blankostrafgesetz vorhanden zu sein scheint; es sind dies die §§ $360^{9, 12}$, 366^{1}, $367^{9, 14}$, $368^{2, 8}$, 369^{2} StGB.

Diese Bestimmungen sind nämlich derart gefaßt, daß die Norm sowohl vom Gesetzgeber selbst als auch von Anderen ausgehen kann; wenn z. B. § 360^{9} auf „gesetzliche Bestimmungen“ hinweist, so können dieselben vom Reiche, von den Bundesstaaten oder von Organen des Reiches oder eines Bundesstaates erlassen werden. Handelt es sich sonach im Einzelfalle um eine Vorschrift, die der Reichsgesetzgeber selbst getroffen hat, so ist § 360^{9} dann nicht Blankostrafgesetz, sondern relativ vollständiges Normalstrafgesetz; sich selbst hat der Reichsgesetzgeber kein Blankett ausgestellt.

Der gewöhnliche Fall wird allerdings auch hier der sein, daß ein Dritter die Norm erläßt; nur ausnahmsweise werden hier Normen des Reiches selbst in Frage kommen. Es handelt sich also bei der ersten Gattung stets, bei der zweiten regelmäßig um Blankostrafgesetze.

Einen interessanten hier einschlägigen Fall bildet auch § 4 II des G. vom 25. März 1880 (RGBl. 181), der sich äußerlich, da er

für Handlungen den „Vorschriften dieses Gesetzes zuwider" Strafe androht, als ein relativ vollständiges Strafgesetz darstellt; da aber § 3 jenes Gesetzes eine kaiserliche Verordnung vorsieht, so ist § 4 des zit. Gesetzes, soweit er die Zuwiderhandlungen gegen die kaiserliche VO. vom 28. Juli 1880 unter Strafe nimmt, Blankostrafgesetz.

III. Wichtig ist die Scheidung der Blankostrafgesetze je nach der Persönlichkeit des Blankettempfängers, insbesondere auch in der Beziehung, ob die Norm reichsrechtlich oder partikular ist.

Als Organe des Reichs, welche zur Normierung befugt erklärt sind, kennt das Reichsstrafrecht den Kaiser, den Bundesrat und den Reichskanzler.

Dem Landesrechte gehören organisch an: die Landesgesetzgebung, die Landesregierungen, Zentralbehörden, Landespolizeibehörden, höheren und niederen Verwaltungsbehörden, Polizeibehörden u. s. f.

Außerdem sind Blankettempfänger Beamte (Bahnpolizeibeamte, Tierärzte), militärische Befehlshaber, Vereine, die österreichisch-ungarische Gesetzgebung.[1])

Die praktischen Folgen dieser verschiedenen Zuständigkeitsverteilung werden unten behandelt werden.[2])

IV. Wir sind meist geneigt, bei den Blankostrafgesetzen an die geringfügigsten Delikte zu denken. Enthält aber schon das StGB. drei hieher gehörige Vergehen, so überwiegen in den Nebengesetzen sogar die im Vergehensgrade strafbaren Handlungen und Unterlassungen an Zahl über die Uebertretungen.

---

[1]) Das Reichsrecht kennt keine privaten Blankettempfänger wie z. B. das bayer. PStGB. von 1861 Artt. 68 II. 99. 156 II-IV. und das bayr. Forstgesetz von 1852.

[2]) Siehe S. 51 ff.

II. Abschnitt.

Staatsrechtlicher Teil.

§ 10.

Gesetz und Verordnung.

Zuerst hat *Stockmar*[1]) vor nunmehr 40 Jahren den Gegensatz von formellem und materiellem Gesetz aufgestellt; durch *Laband* hat diese Lehre ihre Befestigung und wohl auch ihre dominierende Stellung erlangt.[2])

Ihr folgend stellen wir fest, daß die Blankettnorm nie Reichsgesetz im formellen Sinne sein kann.

Als Blankettnorm werden vielfach auch Verordnungen bezeichnet. Der Gegensatz von Gesetz und Verordnung ist nur im konstitutionellen Staate möglich und er gipfelt darin, daß das Gesetz mit, die Verordnung ohne Zustimmung der Volksvertretung erlassen wird. Auch bei der Verordnung ist ein materieller und formeller Begriff auseinanderzuhalten; die materielle Verordnung kann im Gegensatze zum materiellen Gesetz keinen Rechtssatz aufstellen, sie ist eine Anordnung auf dem Gebiete der Verwaltung, eine Ausübung der freien Regierungstätigkeit oder der Vollziehung. Die als Verordnung bezeichnete Blankettnorm dagegen kann nur formelle Verordnung, materielles Gesetz sein, da sie die Freiheit der Person oder des Eigentums beschränken will.

---

[1]) Stockmar, Z. f. d. StR. 1 201.

[2]) Dagegen insb. Hänel 275 und die bei Knorr 6 Zitierten. Eine andere Frage ist die, ob die RV. den Gegensatz von formellem und materiellem Gesetz kennt. Vgl. Hoppenrath 1 ff.; Knorr 15; unten S. 91.

Das Staatsrecht teilt die Verordnungen in Verwaltungs- und Rechtsverordnungen; die ersteren wenden sich als Dienstbefehle lediglich an die untergebenen Behörden und Beamten, kommen also hier nicht in Betracht. Die Rechtsverordnung, welche materielles oder mittelbares[1]) Gesetz, ius scriptum, darstellt, zerfällt wieder in die selbständige, die Ausführungs- und die Notverordnung.[2]) Das Reichsrecht kennt nun eine selbständige Verordnung ohne spezielle Delegation nicht, die Reichsverfassung hat keinem Organe des Reiches eine allgemeine Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen erteilt.[3])

Die Notverordnung wird nur mit Rücksicht auf dringende Umstände erlassen bezüglich eines Gegenstandes, der eigentlich durch formelles Gesetz geregelt werden sollte; das Blankostrafgesetz aber setzt die zum Träger der Norm gemachte Verordnung gerade regelmäßig voraus. Die Verfassungen, welche Notverordnungen zulassen, schreiben gewöhnlich vor, daß dieselben dem nächsten Landtage vorzulegen sind.

Es gibt nun allerdings Blankostrafgesetze, welche ähnliche Bestimmungen treffen[4]), das sind aber dennoch keine Fälle von Notverordnungen; es sollte nur dem Reichstag wegen der besonderen Wichtigkeit der betreffenden Gegenstände auch ein gewisser Einfluß auf deren Normierung verschafft werden. Daß es sich hier nicht um Notverordnungen handelt, geht übrigens auch daraus hervor, daß die Normen jederzeit erlassen werden können, während die echte Notverordnung nur bei nicht versammelter Volksvertretung zulässig ist.

So stellen sich die Verordnungen, welche die Blankettnorm repräsentieren, als Ausführungsverordnungen im Sinne obiger Dreiteilung dar, d. h. als Rechtsverordnungen, welche das Blankostrafgesetz ergänzen und zu dessen Ausführung — d. h. zur

---

[1]) Arndt, ZStW. 22 376.

[2]) Parey 6, unterscheidet unzutreffend selbständige, Ausführungs- und vorbehaltene Verordnungen.

[3]) Stengel, Organisation 30.

[4]) Vgl. § 7 des G. vom 14. Mai 1879 (RGBl. 145); § 36 des G. vom 9. Juni 1897 (RGBl. 463); §§ 4, 56 des G. vom 2. Juni 1902 (RGBl. 175); § 4 des G. vom 30. März 1903 (RGBl. 113).

Bestimmung des Tatbestandes und somit zur Herbeiführung der Wirksamkeit des Strafgesetzes überhaupt — die notwendige Voraussetzung schaffen.

Es fragt sich nun weiter, ob die Blankostrafgesetze des Reichs eine Uebertragung gesetzgebender Gewalt an den Adressaten des Blanketts oder nur eine Bezugnahme auf die von diesem kraft anderen Rechtstitels erlassenen Normen enthalten.

Dyroff[1]) negiert überhaupt den Begriff der Delegation und ersetzt ihn durch die Bezugnahme. Es ist aber natürlich gar nicht zu bezweifeln, daß eine wirkliche Uebertragung der gesetzgebenden Befugnis hier nicht gemeint ist, sondern eben lediglich die Ermächtigung, an Stelle der gesetzgebenden Gewalt tätig zu werden. *Dyroffs* Bezugnahme verwischt den jedenfalls vorhandenen Gegensatz zwischen jener Ermächtigung und der bloßen Verweisung.

Es ist bereits oben erwähnt worden, daß die Reichsverfassung eine allgemeine Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen keinem Organe ausgestellt habe. Wo also etwa der Kaiser oder der Reichskanzler als Blankettempfänger bezeichnet sind, kann es sich nur um eine Ermächtigung, keine bloße Bezugnahme handeln; die Zuständigkeit zur Normierung gründet sich mangels anderweitiger Vorschriften auf das Blankostrafgesetz selbst.

Lebhaft umstritten ist die vorliegende Frage hinsichtlich der vom Bundesrat erlassenen, vielfach als Verwaltungsvorschriften bezeichneten Normen; die eine Ansicht geht dahin, daß das Blankostrafgesetz hier lediglich eine Bezugnahme auf die mangels anderer ausdrücklicher Bestimmung auf Art. 7 Abs. 2 der RV. sich stützende Norm enthalte, während die andere Meinung in dem angeführten Artikel keine allgemeine Ermächtigung des Bundesrates zum Erlaß von Rechtsverordnungen findet, sondern eine solche mangels ausdrücklicher Vorschrift aus dem Blankostrafgesetz herleitet.

Zunächst ist hier festzustellen, daß nicht immer die vom Bundesrate zu erlassenden Normen als Verwaltungsvorschriften bezeichnet werden; es finden sich auch dafür Ausdrücke wie Bestimmungen, Beschlüsse, Verordnungen, Vorschriften, Anordnungen, Verfügungen des Bundesrats. In diesen Fällen wird die Zuständigkeit

[1]) Dyroff, a. a. O. 61.

des Bundesrats von keiner Seite auf Art. 7 Abs. 2 der RV., sondern jeweils auf das konkrete Blankostrafgesetz gestützt. Anders bei den „Verwaltungsvorschriften", jedoch meines Erachtens mit Unrecht.

Es ist allerdings zutreffend, daß der Gesetzgeber mit der Verwaltungsvorschrift keinen Gegensatz zur Rechtsvorschrift statuieren wollte; die Verwaltungsvorschrift stellt lediglich eine von der Verwaltung stammende Vorschrift dar, die sowohl Rechts- als auch Verwaltungsverordnung sein kann. Soweit die Verwaltungsvorschrift durch eine Ermächtigung des Gesetzgebers gedeckt ist, darf sie auch die Untertanen verpflichtende Rechtsnormen aufstellen.[1])

Es wäre jedoch verkehrt, aus diesen Tatsachen ohne weiteres den Schluß zu ziehen, daß Art. 7 Abs. 2 a. a. O. dem Bundesrate allgemein den Erlaß von Rechtsverordnungen zur Ausführung der Reichsgesetze übertragen habe; vielmehr muß, wenn die Verwaltungsvorschrift Rechtsnormen für die Untertanen enthalten soll, hiefür eine eigene gesetzliche Grundlage verlangt werden. Wenn *Arndt* hiegegen auf die Entstehungsgeschichte der Reichsverfassung verweist, wonach insbesondere Verwaltungsvorschrift anstatt Ausführungsverordnung gebraucht worden sei, so kann damit die Tatsache, daß Rechtsnormen nur kraft ausdrücklicher Ermächtigung des Gesetzgebers erlassen werden können, die Reichsverfassung aber eine solche Bestimmung allgemein für den Bundesrat nicht gibt, nicht aus der Welt geschafft werden.

Somit ist die gesetzliche Grundlage für die als Verwaltungsvorschriften betitelten Blankettnormen nicht in Art. 7 Abs. 2 der RV. zu finden, sondern in einem speziellen Gesetz und in Er-

---

[1]) So: Arndt, Verordnungsrecht 37; ders., Selbständiges Verordnungsrecht 252; ders., Recht 5 109; ders., ZStW. 22 377; ders., VerwArch. 13 212; Schramm 118, 125; RGZ. 48 85; Scherer, JW. 31 57; Hoppenrath 38; Harburger, DJZ. 6 59; Knorr 27 f. Die gegenteilige, insb. von Laband, Seydel und Hubrich (VerwArch. 13 441) vertretene Ansicht, daß die Verwaltungsvorschrift einen Gegensatz zu der Rechtsvorschrift bilde, ist irrig. Man muß wohl annehmen, daß die Verwaltungsvorschriften des Art. 7 II a. a. O. begrifflich keine anderen sind als die vielfach in den Blankostrafgesetzen genannten; die letzteren aber sollen durchaus Rechtsnormen im wahrsten Sinne des Wortes repräsentieren!

mangelung einer derartigen ausdrücklichen Vorschrift im Blankostrafgesetz.

Es wäre auch sonderbar, wollte man dann, wenn das Blankostrafgesetz auf „Vorschriften" des Bundesrates verweist, hiefür eine eigene Ermächtigung verlangen, von einer solchen dagegen da absehen, wo die Blankettnorm als „Verwaltungsvorschrift" bezeichnet ist, obwohl diese Benennungen offenbar nur rein willkürlich und zufällig, ohne inneren Unterschied, gewählt sind.

Wir kommen deshalb zu dem Ergebnis, daß die Verwaltungsvorschrift nur soweit, als sie Verwaltungsverordnung ist, von der allgemeinen Ermächtigung des zit. Art. 7 Abs. 2 getragen wird, während sie in ihrem Umfange als Rechtsverordnung noch spezieller Delegation bedarf. [1])

Streitig ist auch die Frage, ob es sich um eine bloße Bezugnahme oder eine reichsgesetzliche Ermächtigung handelt bei denjenigen Blankostrafgesetzen, welche auf landesrechtliche Normen verweisen.

Die weit überwiegende Meinung nimmt bei den einschlägigen Vorschriften des StGB. nur eine Bezugnahme an. Sie stützt sich hauptsächlich auf die Ausführungen *Rosins*[2]), der aus Inhalt, Motiven und historischem Zusammenhang überzeugend dargelegt hat, daß keines der im StGB. enthaltenen Blankostrafgesetze eine gesetzgeberische Ermächtigung zur Normierung für den Blankettempfänger aufstelle, daß vielmehr das Bestehen der Norm eine landesrechtlich begründete Zuständigkeit voraussetze. Es handelt sich demnach hier um reichsrechtlich vorgesehene, reichsrechtlich poenalisierte Partikularnormen.

Demnach ist z. B. der Gebrauch der bayerischen Praxis mindestens irreführend. So heißt es im Eingang der Bekanntmachung des K. Staatsministeriums des Innern vom 4. Januar 1872 (Regierungsblatt 73): „Auf Grund des § 366 Ziffer 10 des StGB. für das Deutsche Reich und gemäß Art. 2 Ziffer 6 des PStGB. für

---

[1]) So auch RG. 22 48, und Schramm 125.

[2]) Rosin 71. Der von ihm angeführte § 10 des FreizügG. ist aber, obwohl landesrechtliche Vorschriften vorbehaltend, kein Blankostrafgesetz, da er keine Strafdrohung enthält; er gleicht vielmehr dem § 5 des EG. z. StGB., von dem der gleichfalls von Rosin angezogene § 8 des Nahrungsmittelgesetzes — auch kein Blankostrafgesetz! — nur eine Ausnahme enthält.

Bayern vom 26. Dezember 1871 werden . . . nachstehende Anordnungen erlassen." Es sollte gerade umgekehrt richtig heißen: „Gemäß § 366 Ziffer 10 des StGB. für das Deutsche Reich und auf Grund des Art. 2 Ziffer 6 des PStGB. . . ."[1]) Die letzterwähnte Bestimmung weist übrigens schon einen ähnlichen Fehler auf, wenn sie sagt: „Die nach § 366 Ziffer 10 zulässigen Polizeiverordnungen werden erlassen . . ."; denn dieser Paragraph bestimmt über die Zulässigkeit der Blankettnorm, die er mit Strafolge bekleidet, gar nichts.

In Uebereinstimmung mit der communis opinio[2]) befindet sich im Ergebnis auch *O. Meyer*[3]), der aber folgendermaßen argumentiert: Regelmäßig sei es der Einzelstaat, der auch der Reichsgesetzgebung gegenüber die vollziehende Gewalt liefere; regelmäßig werde sich die Landesgesetzgebung mit dem Gegenstande des Reichsblankogesetzes schon irgendwie bisher beschäftigt haben, das Reichsrecht vereinheitliche und verbessere nur. Das Landesrecht habe dann auch schon entweder Verordnungen und Einzelbefehle zugelassen oder nicht, beides bilde dann eine bereits bestehende Rechtsordnung. In der Macht des Reiches liege es, ob es gelegentlich der Strafbestimmung auch diese Ordnung selbst einheitlich regeln und selbständig begründen wolle. Die Vermutung spreche aber nicht dafür, vielmehr erwarte in der Regel das Reichsrecht seine Ergänzung aus dem selbständig wirkenden Landesrechte. Wo allerdings — wie in der Gewerbeordnung — die Reichsgesetzgebung sich eines ganzen polizeilichen Gebietes umfassend bemächtigt habe, sei es nur natürlich, daß das zugehörige obrigkeitliche Befehlsrecht ebenso geordnet werden sollte wie das Strafrecht. Das Thema des StGB. aber bilde nur die Strafsatzung, seine Blankostrafgesetze haben also nur den Sinn: falls nach Landesrecht Befehl in dieser Beziehung zulässig und wirklich erlassen ist, soll auf den Ungehorsam die bezügliche Strafe gesetzt sein.

---

[1]) Ebenso ungenau BayVGH. 16 216.

[2]) So: Bornhak 3 147; OLG. Hamburg, Entsch. 2 6; Kirchenheim, 34; Rehm, Hirths Ann. 1895 57; Rödenbeck 74 ff.; Rotering 30; Binding, Normen 1 76; Seydel, KrVJSchr. 38 279; ders., Kommentar 99; ders., BlAdmPr. 47 356 f.; Stengel, Lehrb. 26 f.

[3]) Mayer, a. a. O. 311 f.

Auch gegen diese Beweisführung ist nichts Wesentliches einzuwenden.

Die gegenteilige Ansicht wird vertreten in *Zarnckes* literarischem Centralblatt von 1882[1]), von *Löning*[2]) und anscheinend von *Scherer*[3]). *Löning* beschränkt sich zur Widerlegung *Rosins* auf die Bemerkung, daß die süddeutschen Gesetzgebungen in den Blankostrafgesetzen des StGB. zutreffenderweise eine reichsgesetzliche Delegation zum Erlasse von Polizeiverordnungen erblickten, ebenso wie in § 145 StGB. eine reichsgesetzliche Delegation an den Kaiser enthalten sei. Der Hinweis auf § 145 a. a. O. kann aber nichts beweisen; denn daß diese Bestimmung eine reichsgesetzliche Ermächtigung für den Kaiser darstellt, bestreitet ja niemand. Gerade darin liegt eben der Unterschied, daß hier ein Organ des Reiches selbst, dort aber das Landesrecht die Norm erlassen.[4])

Aber auch der Hinweis auf die süddeutschen Staaten geht fehl. Wenn z. B. Bayern in Art. 2 des PStGB. vom Jahre 1871 diejenigen Organe bestimmt hat, welche die verschiedentlich vorgesehenen Normen erlassen sollen, so liegt eben darin die notwendige Ermächtigung für jene Organe. *Lönings* Argument wäre nur dann beweiskräftig, wenn die Gesetzgebung der süddeutschen Staaten in der Annahme, daß schon eine Ermächtigung seitens des StGB. vorliege, ganz geschwiegen hätte und die Regelung der Zuständigkeit durch eine hier völlig genügende Verordnung erfolgt wäre.

Aus dem Dargelegten geht hervor, daß es sich bei den im StGB. vorgesehenen landesrechtlichen Normen nicht um eine Ermächtigung des Reiches, sondern eine Bezugnahme auf partikulare Bestimmungen handelt, deren Erlaß das Reich den bundesstaatlichen Organen überläßt, nicht überträgt; dagegen ist bei den außerhalb des StGB. stehenden Blankostrafgesetzen jeweils zu erwägen, ob der eine oder der andere Fall vorliegt. Bei der Entscheidung ist vor allem die Frage zu prüfen, ob das betreffende Gesetz ein bestimmtes Gebiet selbständig und erschöpfend auch in staats-

[1]) Zitiert bei Rödenbeck 75 Note 110.
[2]) Löning, Lehrb. 235 Note 3.
[3]) Scherer, GS. 39 621.
[4]) Vgl. John, HHB. 3 211.

und verwaltungsrechtlicher Hinsicht regeln will oder nur zunächst in strafrechtlicher Beziehung; daß z. B. die Reichsgewerbeordnung zur ersteren Gruppe zählt, wurde bereits erwähnt; sie enthält daher auch wirkliche Ermächtigungen für das Landesrecht. Im großen und ganzen werden die Reichsstrafnebengesetze allgemein ebenso zu charakterisieren sein.

Eine ausdrückliche Ermächtigung zur Normierung muß aber stets vorliegen; es fragt sich nur, ob sie eventuell reichs- oder landesgesetzlich ist.

§ 11.

Gesetzgebung und Verwaltung.

O. Mayer[1]) bezeichnet treffend die aus der berühmten Dreiteilung der Gewalten entspringenden Funktionen des Staates dahin: „Verwaltung ist Tätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke unter seiner Rechtsordnung; in der Gesetzgebung steht der Staat über seiner Rechtsordnung, in der Justiz geschieht alles für die Rechtsordnung."

Es fragt sich somit: Ist die Erlassung der Blankettnorm ein Ausfluß der Gesetzgebung oder der Verwaltung? Die Antwort hat zu lauten: Sie kann das eine oder das andere oder keines der beiden sein.

Wenn das Blankostrafgesetz, wie z. B. §§ 360[9], 367[9] StGB., auf Landesgesetze verweist, so kann darin auch nur eine Anknüpfung an gesetzgeberische Akte erblickt werden. Es behauptet allerdings *Goldschmidt*[2]), auch soweit Verwaltungsstrafrechtssätze sich in einem Akt der gesetzgebenden Faktoren vorfinden, liege keine Aeußerung des pouvoir législatif, sondern des pouvoir administratif vor. Hier handelt es sich aber um eine Verwechslung. Der Inhalt der Blankettnorm mag vielleicht — sieht man von der rein strafrechtlichen Seite ab — ein verwaltungsrechtlicher sein; die Aufstellung durch gesetzgebende Faktoren ist und bleibt aber doch Gesetzgebung und nicht Verwaltungsakt in Gesetzesform, dies um so mehr, als ja die Blankettnorm wirklicher Rechtssatz ist, dessen Schaffung an sich der gesetz-

---

[1]) Mayer, Verwaltungsrecht 13.

[2]) Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht 189, 575.

gebenden Gewalt zukommt. Die hier in Betracht kommenden Vorschriften sind daher sowohl formelle als materielle Gesetze.

Wo das Blankostrafgesetz selbst eine Ermächtigung zum Erlaß der Blankettnorm erteilt, handelt ebenfalls der Adressat des Blanketts als Delegierter der Reichsgesetzgebung, nicht als Verwaltungsorgan dann, wenn es sich nicht um Normen von Verwaltungsbehörden, sondern anderer, höherer Organe, wie Kaiser, Bundesrat, Reichskanzler handelt. Hier wird man wohl annehmen müssen, daß der Reichsgesetzgeber die ihm zustehende Legislative auf die genannten Organe übertragen hat.

Andererseits kann es nicht zweifelhaft sein, daß, soweit z. B. auf die ausländische Gesetzgebung verwiesen wird, hier weder inländische Gesetzgebung noch Verwaltung gegeben sind. An sich könnten die österreichisch-ungarischen Zollgesetze für uns Deutsche vollkommen gleichgültig sein, wenn ihnen nicht das bezügliche Reichsstrafgesetz die Anerkennung als für uns verbindliche Normen gewährt hätte. Die Strafbestimmung ist hier nur im Interesse der Gegenseitigkeit aufgestellt worden und es erweist sich hier der Satz *Rohlands*[1]) als unrichtig, daß bei den — auch die Blankostrafgesetze umfassenden — Ungehorsamsverboten der verbotene Erfolg, falls er überhaupt existent werde, lediglich an der inländischen Rechtswelt eintrete.

Am zahlreichsten sind jedoch diejenigen Blankostrafgesetze des Reiches, welche auf wirkliche Verwaltungsakte hinweisen; so hat schon das POTr.[2]) ausgesprochen, daß die Polizeibehörde bei Erlassung der unter § 361[6] fallenden Vorschriften nicht vermöge delegierter Gesetzgebungsgewalt, sondern als eigentliche Exekutivbehörde vorgehe.

Die meisten Blankettnormen entspringen aus der Verwaltungstätigkeit der Polizei-, Zentral-, höheren Verwaltungsbehörden und dgl., ihnen hat das Reich keine gesetzgebenden Befugnisse übertragen, sondern lediglich an deren Verwaltungsmaßnahmen Straffolge geknüpft für den Uebertreter.[3]) Die rasche Beweg-

---

[1]) Rohland, Strafrecht 55 f.

[2]) PrOTr., GoltdArch. 25 60; ebenso OLG. Cassel, GoltdArch. 51 415; a. M. Rotering, GS. 50 13.

[3]) Goldschmidt, a. a. O. 568 f; unklar OLG. Frankfurt, GoltdArch. 39 171. Vgl. G. Meyer, Grünhuts Z. 8 40.

lichkeit[1]) des Verwaltungsrechts ist der Rechtfertigungsgrund für die in Rede stehenden Bestimmungen.

Irrig ist es jedoch, wenn das RG.[2]) einen Gegensatz zwischen Verwaltungsakt und Rechtsnorm konstruiert. Ist die Schaffung der letzteren auch primär Amt der Gesetzgebung, so läßt sich doch nicht bestreiten, daß auch die Verwaltung Rechtsnormen aufzustellen vermag, soferne sie sich nur hiebei in gesetzlichen Bahnen bewegt.[3]) Fehlt es allerdings an einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung, so mangelt Kraft und Wirkung der Rechtsvorschrift, es erübrigt nur eine Verwaltungsnorm.[4])

Die Blankettnorm aber ist, mag sie Ausfluß der Gesetzgebung oder der Verwaltung oder keines der beiden sein, stets Rechtsnorm.

§ 12.

Verordnung. Verfügung. Anordnung.

Vielfach nimmt das Strafgesetz nicht auf Verordnungen, sondern auf Verfügungen Bezug. Wenn aber auch die gesetzmäßig erlassene Verfügung Gehorsam heischt, so trägt sie doch in der Regel nicht den Charakter der Rechtsnorm, sie ist meist nur Verwaltungsakt.[5]) Dagegen besitzt die Verordnung als Blankettnorm stets den Charakter der abstrakten Rechtsnorm, begründet auf reichs- oder landesgesetzlicher Ermächtigung. *Binding*[6]) will zwar unter Verordnungen im Sinne des § 366[10] und *Rosin*[7]) bei denjenigen des § 367[5] auch konkrete Maßregeln begreifen, da der Sprachgebrauch generelle Ge- und Verbote nicht fordere. Dies ist irrig; denn das StGB. verbindet mit der Bezeichnung „Verordnung" nicht einen typischen Sinn, sondern gebraucht diesen Ausdruck in dessen gewöhnlicher staatsrechtlicher

---

[1]) Ulbrich, Grünhuts Z. 9 8.
[2]) RG., GoltdArch. 45 51.
[3]) Goldschmidt, a. a. O. 181 ff.
[4]) Laband, Staatsrecht 2 170.
[5]) RGZ. 45 270; auch RG. 36 362; 20 177.
[6]) Binding, Lehrb., Bes. Teil, II 2 929 Note 6.
[7]) Rosin 80 Note 29.

Bedeutung[1]); „danach sind Verordnungen die vom Staatsoberhaupt oder einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten erlassenen Vorschriften im Gegensatz zu den für einzelne Fälle oder bei einer besonderen Gelegenheit getroffenen Maßregeln.“[2])

Die Grenze zwischen diesen letzteren, den sogenannten Verfügungen, und den Verordnungen ist aber keineswegs scharf ausgeprägt.[3]) Im allgemeinen wird man wohl sagen können: „Die Verordnung regelt im voraus allgemeine, die Verfügung spezielle Verhältnisse bei besonderer Veranlassung.“[4]) Allgemeine Gebote und Verbote kann, wie *Schramm*[5]) meint, die Verfügung nicht zum Inhalt haben; dadurch unterscheidet sie sich ja gerade von der Verordnung. Allerdings wird man für zulässig erachten müssen, daß die Verfügung sich gleichzeitig an mehrere Personen oder eine bestimmte Klasse von Personen, aber stets nur für einen konkreten Fall, richtet, da es doch zu formalistisch wäre. wollte man für jede einzelne Person eine eigene gleichartige Verfügung erlangen. Endlich kann lediglich insofern die Verfügung allgemein gebieten und verbieten, als sie, wenn sie sich an eine bestimmte Person oder Personenmehrheit richtet, dieser im Rahmen des Einzelfalles allgemein im Anschluß an den konkreten Tatbestand eine Handlung oder Unterlassung anbefiehlt oder untersagt.[6])

Bei jeder Verfügung muß eben in irgend einer Weise das individuelle Moment hervortreten.[7])

Wenn nun das Strafgesetz lediglich die Zuwiderhandlung gegen eine Verfügung mit Strafe bedroht, so ist damit — wie wir

---

[1]) Meves 301, will in 367[5] die Verordnungen nicht im staatsrechtlich-technischen Sinn auffassen, sondern als „von der obrigkeitlichen Gewalt in gesetzmäßiger Weise erlassene allgemeine Anordnungen und Verbote.“ Was ist dann aber wohl der staatsrechtlich-technische Sinn der Verordnung?

[2]) KG., DJZ 6 30.

[3]) Dyroff, a. a. O. 64; Jellinek 367 Note 3.

[4]) Köhne 11. Anders Arndt, Verordn. R. 166.

[5]) Schramm 5, in mißverständlicher Ausdehnung von Rosin 13; Stengel, Organisation 32; Jellinek 367.

[6]) Aehnlich Löning, a. a. O. 240 Note 1.

[7]) Meyer, Grünhuts Z. 8 15; Kirchenheim 75; Lindemann 16.

schon oben gesehen haben[1]) — ein normales, kein Blankostrafgesetz gegeben, da die Verfügung nicht den gesetzlichen Tatbestand des Deliktes schafft, sondern bloßer Tatumstand ist.[2]) Hieher gehören z. B. §§ 360^{10}, 367^{13} StGB.

Auch soweit ein Strafgesetz, das sich äußerlich als spezielles Blankostrafgesetz darstellt, allgemeine und besondere Vorschriften zuläßt, handelt es sich trotzdem beim Bestehen bloßer Verfügung im Einzelfalle um ein normales Strafgesetz; hieher gehören §§ 360^{2}, 360^{12} erster Halbsatz, 367^{14}, 368^{2}, 368^{8} erster Halbsatz. Wenn nämlich z. B. § 360^{2} StGB. das Aufsammeln von Waffen „wider das Verbot der Behörde" unter Strafe nimmt, so läßt diese Fassung sowohl ein generelles als auch ein spezielles Verbot zu. „Im letzteren Falle bleibt trotz der Vereinigung mit genereller Anordnung die Individualverfügung Tatumstand. Der Bau des Strafgesetzes, das selbst die deliktische Handlung bezeichnet, nicht ihre Bestimmung lediglich einer ergänzenden Norm überläßt, erheischt diese Auffassung."[3])

Auch generelle Blankostrafgesetze lassen vielfach Verfügungen zu; dies ist bei allen denjenigen Vorschriften des StGB. der Fall, welche sich des Ausdrucks „Anordnungen" oder „anordnen" bedienen.[4]) Diese beiden staatsrechtlich farblosen Worte haben zwar weder in der Wissenschaft noch in der Praxis einen festen Begriff erhalten und auch das Reichsrecht verbindet damit keine präzise und einheitliche Vorstellung; jedenfalls aber ist soviel sicher, daß, da in den verschiedenen Bestimmungen des StGB. jene beiden Ausdrücke offenbar mit voller Absicht gewählt worden sind, die in Betracht kommenden Vorschriften auch gleichartig behandelt werden müssen. Ich halte es für unzulässig, wenn *Olshausen*[5]) bei §§ 360^{12}, 366^{1} nur Anordnungen allgemeiner, dagegen bei § 367^{2} auch solche individueller Natur gelten läßt.

Ueberhaupt macht sich gerade in diesem Punkte eine merkwürdige Unsicherheit der Anschauungen bemerkbar. Dasselbe

---

[1]) Siehe oben S. 28.

[2]) Oetker, GS. 64 160.

[3]) Oetker, a. a. O. 161.

[4]) §§ 327, 328, 360^{12} erster Halbsatz, 366^{1}, 367^{2}, 367^{16}, 368^{1}, 368^{8} letzter Halbsatz.

[5]) Olshausen 2 1458, 1470.

KG. spricht hier[1]) von „einer speziellen, für den Einzelfall an eine bestimmte Person getroffenen Anordnung", führt dort[2]) aus, daß unter Anordnungen „nur allgemeine, für alle geltenden Verordnungen, nicht aber individuelle Weisungen zu verstehen sind."

Während das BayObLG.[3]) den letzteren Satz buchstäblich adoptiert, hat sein Vorgänger, der BayOG.[4]), auch denjenigen nach § 368[8] für strafbar erklärt, der einem bezüglichen, ihm seitens der Ortspolizeibehörde zugegangenen besonderen Verbote zuwiderhandelt. Merkwürdig klingt der Satz:[5]) „Unter Anordnungen . . . werden lediglich allgemein-verbindliche Normen verstanden, nicht aber individuelle Weisungen; es ist jedoch zulässig, in solchen allgemein-verbindlichen Anordnungen die zuständige Behörde zur Erlassung individueller Anordnungen" — also doch — „zu ermächtigen."

Auch die Literatur ist schwankend. Während z. B. *Rotering*[6]) unter den in §§ 360[12], 366[1], 367[2], 368[1, 8] genannten Anordnungen nur generelle Vorschriften verstehen will, erachtet *Rosin*[7]) die §§ 366[1], 367[2], 368[1, 8] in diesem Punkte als indifferent.

Ich glaube, daß die Bezeichnung „Anordnung" keinen Anhalt bietet für eine Beschränkung derselben auf generelle Vorschriften; es hat vielmehr das Gesetz offenbar jenen allgemein gehaltenen Ausdruck deshalb gewählt, um der reglementierenden Tätigkeit möglichst weiten Spielraum zu gewähren.

Es umfaßt sonach die Anordnung sowohl die Verordnung als auch die Verfügung.[8])

Anders ist dies meines Erachtens bei den in §§ 361[6], 369[2, 3] genannten „Vorschriften"; hier deutet schon der Sprachgebrauch darauf hin, daß nur generelle Bestimmungen im Gegensatze zu individuellen Anweisungen getroffen werden sollen.[9]) Es wäre

[1]) KG., GoltdArch. 40 349.

[2]) KG., GoltdArch. 37 308; DJZ. 10 748.

[3]) BayObLG. 1 423; 3 347.

[4]) BayOG., Samml. 3 570.

[5]) BayObLG. 5 203.

[6]) Rotering, GoltdArch. 31 355.

[7]) Rosin 81 Note 29.

[8]) RG. 10 298 betont bei den Anordnungen in § 110 StGB. überwiegend die konkrete Natur.

[9]) Vgl. auch den Sprachgebrauch in §§ 2 II, 3, 5 EG. z. StGB.

auch gar nicht einzusehen, weshalb hier der Gesetzgeber entgegen seinem sonstigen Bestreben, Gleiches auch mit Gleichem zu benennen, die Bezeichnung „Anordnungen" durch „Vorschriften" ersetzt haben sollte. Bei § 369[2] kann es nicht zweifelhaft sein, daß nur generelle Bestimmungen als Normen vom Gesetzgeber zugelassen sind; derselbe Ausdruck wird aber in den beiden anderen Fällen (§§ 361[6], 369[3]) auch denselben Sinn haben. Wenn *Olshausen*[1]) zur Unterstützung seiner abweichenden Ansicht darauf hinweist, daß es in § 369[3] „ihrer Feuerstätten" heiße, so ist damit nichts genützt; denn der Ausdruck „der Feuerstätten" wäre viel weniger prägnant und deutlich gewesen, und es ist auch daran zu denken, daß für die verschiedenen Gewerbetreibenden, „welche in Feuer arbeiten", verschiedene Vorschriften erlassen werden können.

Wir stellen demnach nochmals fest, daß zwar die Anordnung, nicht aber die Vorschrift im Sinne des StGB. auch individuell sein kann.[2])

Ist die Anordnung aber das letztere, so liegt gleichwohl ein generelles Blankostrafgesetz vor; denn hier kann — im Gegensatze zum speziellen Blankostrafgesetz — die Verfügung nicht Tatumstand, hier muß sie Träger der gesetzlichen Merkmale des Deliktes sein. Hier ist also die Verfügung, weil sie ge- oder verbietend in die Freiheit der Person oder des Eigentums eingreift, wirklicher Rechtssatz, echte Rechtsnorm,[3]) und es ist daher für den vorliegenden Fall die Behauptung *Lönings*[4]) unzutreffend, daß die Verfügung nicht neues Recht schaffe, sondern nur auf Grund des bestehenden Rechts die von demselben vorgesehenen Rechtswirkungen ausübe. Ueber diese Frage werden wir unten noch weiter handeln.

Der Begriff der Anordnung deckt auch die durch Gesetze ge-

---

[1]) Olshausen 2 1496.

[2]) Vgl. Kah 32 Note 1. A. A. Rödenbeck 73; Rosin 27 Note 11, 81 Note 29; OLG. Kolmar, GoltdArch. 50 326; KG., GoltdArch. 40 349; OLG. MünchenSt. 9 23; Oppenhoff 946, 998.

[3]) Oetker, a. a. O. 162.

[4]) Löning, Verwaltungsrecht 240.

troffenen Vorschriften[1]); hiefür enthält das StGB. selbst eine Bestätigung in dem Wortlaute der §§ 360[12] („insbesondere"!) und 368[2].

Es ist jedoch verfehlt, da, wo das Gesetz von „polizeilichen Anordnungen" spricht, auch die in Gesetzen enthaltenen Bestimmungen mitzuverstehen.[2]) Polizeiliche Anordnungen im Sinne des StGB. sind nicht Anordnungen polizeilichen Inhalts, sondern solche, welche von Polizeibehörden erlassen worden sind. So unterscheidet § 368[2] genau zwischen gesetzlichen und polizeilichen Anordnungen, wonach es offenbar nur auf den Ursprung, nicht auf den Inhalt der Norm ankommen kann. Es wäre auch sonderbar, wenn das StGB. in § 367[2] von „polizeilichen Anordnungen", in § 367[3] von „polizeilicher Erlaubnis", in § 367[13] von „polizeilicher Aufforderung", in § 367[15] von „polizeilicher Genehmigung" sprechen würde, ohne mit dem Wort „polizeilich" einen festen Sinn zu verbinden. Wo das StGB. Bestimmungen polizeilichen Inhalts bezeichnen will, gebraucht es das Substantiv „Polizei", wie Preßpolizei-, Feldpolizei-Gesetze (§ 2 Abs. 2 des EG. z. StGB), Maß- und Gewichtspolizei (§ 369[2]).

Es würde aber auch vielfach, wollte man die Auslegung des Wortes „polizeilich" auf den Inhalt abstellen, eine glatte Tautologie vorliegen; denn die hier in Frage kommenden Anordnungen über vorzeitige Beerdigungen, über das Verabfolgen geistiger Getränke vor und bei öffentlichen Versteigerungen sind stets — cum grano salis[3]) — polizeilichen Inhalts. Warum sollte dann jene Eigenschaft noch besonders hervorgehoben werden, und warum sollte dies anderseits gerade bei diesen wenigen Bestimmungen geschehen sein, da doch alle Blankettnormen ihrem Wesen nach gleichartig sind?

Es kann sonach der Meinung nicht beigetreten werden, daß z. B. die Uebertretung des § 60 des PStG. die Strafe des § 367[2] begründe, oder[4]), daß die „polizeilichen Bestimmungen" in § 9

---

[1]) OLG. München, GoltdArch. 41 165; KG. GoltdArch. 41 297; Olshausen 2 1458, 1470 und zit. Die Fassung in OLG. Colmar, GoltdArch. 37 449, ist wohl nur ungenau.

[2]) PrOTr., GoltdArch. 27 382; OLG. Posen, GoltdArch. 46 355.

[3]) Siehe S. 74.

[4]) Stenglein, Nebengesetze 325, 662.

Abs. 2 des SprengstG. jede Vorschrift polizeilichen Charakters umfassen.[1]) Das Reichsgericht begreift darunter sogar alle im Interesse der Allgemeinheit erlassenen Ge- oder Verbote; dann ist wohl fast jede Norm polizeiliche Bestimmung.

Das StGB. nimmt vielfach auch auf Polizeiverordnungen Bezug. Hierüber bemerkt *Schramm*[2]): „Unter Polizeiverordnung hat man diejenigen von einer Polizeibehörde erlassenen Rechtsverordnungen zu verstehen, welche im Interesse der Wohlfahrt der Staatsangehörigen allgemeine[3]) Normen aufstellen und die Befolgung derselben unter Strafandrohung anbefehlen." Diese Definition ist zu eng; sie wird richtig, wenn sie mit dem Wort „aufstellen" abschließt. Denn — was auch *Kirchenheim*[4]) übersieht — die Strafdrohung ist kein notwendiges Requisit der Polizeiverordnung, was gerade beim Blankostrafgesetz sich zeigt.[5])

Wo dasselbe allgemein auf Verordnungen verweist, meint es damit nicht speziell Polizeiverordnungen, sondern gebraucht jenen Ausdruck in dem weiteren, oben (S. 36 ff.) bereits festgestellten Sinn.[6])

Durchaus unzulässig erscheint es, unter Polizeiverordnungen auch Anordnungen zu verstehen, die im Wege der Gesetzgebung ergangen sind.[7]) Das heißt jede Terminologie auf den Kopf stellen.

§ 13.
Zuständigkeit.

Die Frage, ob das Reich überhaupt zur Aufstellung der Blankostrafgesetze zuständig ist, wird wegen ihres Zusammenhanges mit dem Strafrecht unten erörtert werden.[8])

Hier ist nur die Frage nach der Zuständigkeit zur Erlassung der Blankettnorm zu behandeln.

---

[1]) RG. 27 378. Vgl. auch RG., SeuffBl. 72 442.
[2]) Schramm 36.
[3]) A. A. Arndt, VerordnungsR. 166.
[4]) Kirchenheim, a. a. O. 33 f; richtig dagegen PrOVG., DJZ. 3 291.
[5]) Siehe unten S. 56.
[6]) So nun auch bezüglich § 367[5] StGB. Olshausen 2 1474.
[7]) So OLG. Braunschweig, DJZ. 10 224 wenigstens im Ergebnis.
[8]) Siehe unten S. 73 f.

Da der Blankettempfänger nur die Norm aufzustellen hat, ist es jedenfalls durchaus gleichgültig, ob demselben an sich auch eine Strafkompetenz zusteht oder nicht.[1])

Das Blankostrafgesetz hat zunächst selbständig zu bestimmen, von wem die unter Strafschutz gestellte Norm auszugehen hat; bei der Wichtigkeit, welche diesem Punkte bei der Anwendung des Strafgesetzes zukommt, muß hier möglichst klare und bestimmte Ausdrucksweise verlangt werden.[2]) Auch bei der Auslegung des Gesetzes darf nicht die Entscheidung in diesem Punkte auf Zweckmäßigkeitsgründe oder „die Natur der Sache" gebaut werden.[3])

Um eine eigentliche Begründung der Zuständigkeit durch das Blankostrafgesetz handelt es sich natürlich nur da, wo dasselbe wirklich eine Ermächtigung und nicht nur eine Bezugnahme enthält.

Wie bunt die Reihe der Blankettempfänger ausgefallen ist, wurde schon oben erwähnt (S. 35); die Fälle aber, in welchen Organe des Reichs tätig werden, sind in der Minderzahl, meist verweist das Blankostrafgesetz auf partikulare Normen, indem es gewöhnlich stillschweigend, selten[4]) ausdrücklich auch die Regelung der Zuständigkeit dem Landesrecht überläßt.[5]) Wenn im letzteren Falle dann aber das Landesrecht keine Bestimmung über die Zuständigkeitsverteilung trifft, so nützt das reichsrechtliche Blankett nichts.

Meist beschränkt sich das Strafgesetz auf allgemein gehaltene Normativbestimmungen, ohne bestimmte Behörden auch nur zu bezeichnen. Soferne reichsrechtliche Normen vorausgesetzt werden, ohne daß die Ermächtigung eines bestimmten Organs ausdrücklich ausgesprochen wird, ist der Bundesrat als normaler Träger der Reichshoheitsrechte zum Erlaß jener Normen berufen.[6])

---

[1]) RG. 24 164.

[2]) Hiegegen verfehlt z. B. § 5 der VO. vom 16. Oktober 1901: vgl. Stenglein, a. a. O. 331.

[3]) So Berner, Lehrb. 650; dagegen mit Recht Olshausen 2 1328.

[4]) § 49 des G. vom 9. Juni 1897; § 22 des G. vom 30. März 1903; § 75 des RStempG. vom 3. Juni 1906.

[5]) RG., GoltdArch. 28 57.

[6]) Schramm 132 f.

Aber auch hier fehlt es nicht an bedeutenden Streitfragen.

So ist es zwar bei den §§ 327 und 328 StGB. unbestritten, daß hier die Regelung der Zuständigkeit zur Normierung vom Landesrecht ausgeht,[1]) man will aber vielfach unter den Anordnungen der „zuständigen Behörde" auch gesetzliche Bestimmungen mitverstehen.[2])

Das ist unzulässig. *Binding*[3]) erkennt an, daß das Gesetz hier zweifellos nur an Maßnahmen der Verwaltungsbehörden denkt und „unglaublicherweise" der in Gesetzen oder Verordnungen zum gleichen Zweck ergehenden Maßregeln nicht erwähnt; er fährt dann aber fort: „Nicht eine unzulässige Analogie, sondern ein unbedingt gefordertes „Verfahren der Konsequenz", der notwendige Rückschluß vom geschützten Kleineren auf das mindestens des gleichen Schutzes teilhaftige Größere führt dazu, beide Paragraphen auch anzuwenden, wenn gesetzliche Maßnahmen der gleichen Art verletzt werden." Eine Konsequenz entgegen dem strikten Wortlaut ist aber m. E. nicht zulässig.

Während *Olshausen*[4]) dem Ausdruck „zuständige Behörde" in den angeführten Paragraphen keine Beachtung schenkt, versucht das RG.[5]) den Nachweis, daß man jenen Worten die Bedeutung beilegen müsse „zuständiges Organ der Staatsgewalt", unter welchen Begriff dann auch die Gesamtheit der gesetzgebenden Faktoren falle. Daß damit jenem Ausdruck „eine über feststehende Grenzen hinausgehende Bedeutung" untergeschoben wird, hat schon *Galli*[6]) anerkannt; derselbe will jedoch das Reichsgesetz deshalb als „Anordnung der zuständigen Behörde" betrachten, weil die durch den Kaiser erfolgende Ausfertigung und Verkündung der Reichsgesetze unter verantwortlicher Gegenzeichnung des Reichskanzlers erst deren Inkraftsetzung bewirke, sodaß also jedes Reichsgesetz als eine den Inhalt des Gesetzes umfassende kaiserliche Anordnung anzusehen sei.

Diese Konstruktion ist durchaus abwegig; der Kaiser muß

---

[1]) PrOTr., GoltdArch. 22 272.

[2]) Insb. RG. 27 358; 31 380; 35 243.

[3]) Binding, Lehrb. Bes. Teil, II 1 90 f; dort auch die Literatur.

[4]) Olshausen 2 1330.

[5]) RG. 37 194.

[6]) Galli, DJZ. 10 285 f.

die übereinstimmenden Mehrheitsbeschlüsse des Bundesrats und Reichstags in der geschilderten Art vollziehen; seine Ausfertigung und Verkündung[1]) hat nur den Gesetzestext authentisch festzustellen, ihn aber nicht anzuordnen.

Gegenüber dem RG. bemerkt *Koref*[2]) zutreffend, die Gesetzgebungsfaktoren bei Reichsgesetzen als Behörden zu bezeichnen, widerspreche den staatsrechtlichen Grundbegriffen; denn die Tätigkeit der Behörden liege auf dem Gebiet der Justiz und Verwaltung, aber nicht der Gesetzgebung. Es stellt aber auch das StGB. die Behörde in begrifflichen Gegensatz zu den gesetzgebenden Faktoren, z. B. in §§ 196, 197 und § 360 [12] steht dem Gesetze ausdrücklich die Anordnung der zuständigen Behörde gegenüber.

Es geht demnach nicht an, eine Lücke der Gesetzgebung derart willkürlich korrigieren zu wollen.[3])

Wo das Blankostrafgesetz von „zuständiger Behörde" spricht, meint es natürlich nicht nur die zur Zeit des Erlasses bezw. Inkrafttretens des Blankostrafgesetzes, sondern die jeweils beim Erlaß der Blankettnorm zuständige Behörde, sodaß eine Aenderung der Zuständigkeit im Laufe der Zeit nicht ausgeschlossen ist.[4])

Es erhebt sich nun die weitere Frage, ob das zur Statuierung der Blankettnorm zuständige Organ, das auch — wie von keiner Seite bezweifelt wird[5]) — die Ausnahmen von der Norm festzusetzen hat, seine Befugnisse auf Dritte übertragen kann. Die Frage wird bejaht von *Schramm*[6]) und *Arndt*[7]), welche betonen, es liege zweifellos im Sinne des Gesetzes, daß das primär zuständige Organ seine Berechtigung auf denjenigen übertrage, der befähigter sei zur Normierung.

Dieser Ansicht kann nicht beigepflichtet werden. Hat das Blankostrafgesetz selbst den Blankettadressaten genau bestimmt, so hat es damit hinreichend zum Ausdruck gebracht, daß es

---

[1]) Siehe darüber unten S. 60 Note 8.
[2]) Koref, GoltdArch. 46 183.
[3]) Gl. A. auch Kitzinger, in Vergleichende Darstellung 9 147.
[4]) RG. Rspr. 1 9.
[5]) Binding, Normen 1 165; Stengel, Z. f. G. und R. 8 322.
[6]) Schramm 45.
[7]) Arndt, Verordnungsrecht 170 und ZStW. 22 384.

gerade ihn allein ausersehen habe, die Norm zu erlassen, und daß es nur die von ihm ausgehende Blankettnorm unter Strafschutz stellen wolle. Im übrigen ist es ein allgemein als richtig anerkannter Grundsatz des Staatsrechts, daß keine öffentliche Behörde die ihr amtlich obliegenden Geschäfte eigenmächtig einem andern zur Besorgung übertragen darf.[1])

Von einer solchen Uebertragung ist aber wohl zu unterscheiden der Fall, daß die von dem zuständigen Organe erlassene Blankettnorm auf anderweitige, von Dritten ausgehende Anordnungen verweist. Ein solcher Vorbehalt ist zulässig, soferne etwa „eine höhere Behörde in ihrer für einen weiteren Bereich erlassenen Polizeiverordnung es der unteren Behörde überträgt, die Modalitäten für die Erfüllung der Norm nach Ort, Zeit, Maß oder Art nach den lokalen Verhältnissen zu bestimmen."[2]) Hier liegt eben nicht eine selbständige Normierung durch die Unterbehörde vor, sondern eine bald Norm bald Tatumstand bildende Ergänzung der zuständigerweise erlassenen Norm. Die Blankettnorm kann also selbst wieder Blankett sein.[3])

Hieraus ergibt sich ohne weiteres, daß in einer allgemein erlassenen Blankettnorm auch die individuelle Anordnung eines anderen Organes vorbehalten werden kann; auch hier steht nicht die Erlassung von Normen, sondern nur eine auf Grund genereller Vorschrift zu erlassende Verfügung in Frage, die für den Einzelfall ergeht und sich auf die gesetzmäßig ergangene Blankettnorm stützt, als deren Tatbestandsmerkmal sie zu erachten ist. Mangels ausdrücklicher gegenteiliger Vorschriften ist eine solche Verweisung auf Verfügungen wohl statthaft und deren Uebertretung als Zuwiderhandlung gegen die sie als zulässig erklärenden allgemeinen Vorschriften strafbar.[4])

Kann sich, auch wenn das Blankostrafgesetz nur auf allgemeine Bestimmungen verweist, der Blankettempfänger in seiner

---

[1]) RG. 12 71; KG., DJZ. 8 107; Dyroff, a. a. O. 67; Edel, PStGB. von 1861 182; Lindemann 42 und 150; Rosin 216; Seydel, Staatsrecht 2 331.

[2]) Rosin 216.

[3]) Vgl. auch BayObLG. 1 60; 2 281.

[4]) Vgl. RG., Reger 8 265; BayObLG. 1 59, 424; 3 350; 5 108, 203, 398; Reger 24 448; KG., GoltdArch. 39 448; Reger 20 349; DJZ. 10 748; OLG. München, Reger 18 92; Stenglein, Nebengesetze 662 (u. zit.), 1389; Rosin 217.

generellen Norm den Erlaß einer speziellen Verfügung wirksam vorbehalten? Gewiß; denn wenn auf die Verfügung eines Dritten Bezug genommen werden darf, kann erst recht auf eigene Anordnungen verwiesen werden. Es ist eben in zahlreichen Fällen eine vollkommen erschöpfende, generelle Regelung unmöglich.[1])

Wenn *O. Mayer*[2]) die Zulässigkeit solcher Maßnahmen bekämpft, weil das Blankostrafgesetz nicht eine Verfügung, sondern eine allgemeine Vorschrift verlange, so ist dem entgegenzuhalten, daß die letztere in den fraglichen Fällen ja auch besteht und daß gerade sie die Norm bildet, auf deren Uebertretung hin die Strafe erfolgt.

§ 14.

Die formellen Erfordernisse der Blankettnorm.

Die Blankettnorm muß, wie schon erwähnt, auf gesetzlicher Ermächtigung beruhen, sich jedoch hierauf nicht ausdrücklich berufen. Es ist zwar durchaus zweckmäßig, wenn z. B: die vom Kaiser zur Sicherung des Seeschiffverkehrs erlassenen Verordnungen im Eingange auf den sie rechtfertigenden § 145 StGB. Bezug nehmen, zu ihrer Gültigkeit ist dies aber mangels einer entsprechenden gesetzlichen Vorschrift keineswegs nötig. Es schadet daher auch nichts, wenn die Norm auf eine tatsächlich unzutreffende Bestimmung verweist[3]), wie dies in der Praxis häufig genug vorkommt.[4])

Die Blankettnorm braucht auch keinen Hinweis auf die Strafdrohung des Blankostrafgesetzes zu enthalten. Derselbe ist der Norm unwesentlich,[5]) weil die Strafandrohung selbständig im Blankostrafgesetz enthalten ist. Die gültig erlassene Norm wird ipso iure von der Strafsatzung ergriffen: insbesondere kann auch schon deshalb ein Hinweis auf das einschlägige Blanko-

---

[1]) G. A. L., BlAdmPr. 28 49 ff.

[2]) Mayer, a. a. O. 275.

[3]) PrOVG., PrVerwBl. 8 53. Vgl. oben S. 40 und Rödenbeck 77; Stengel, a. a. O. 343; BayObLG. 7 110.

[4]) Dagegen ist für preußische Polizeistrafverordnungen nach der Instruktion vom 6. Juni 1850 zur Gültigkeit ausdrückliche Bezugnahme auf §§ 11 ff. des G. vom 11. März 1850 nötig.

[5]) Binding, Grundriß 63.

strafgesetz von der Norm nicht gefordert werden, weil auch bereits vor dem StGB. erlassene Vorschriften unter die Strafdrohung der Blankettstrafgesetze fallen, hier aber eine Bezugnahme auf die noch nicht existierenden Bestimmungen des StGB. nicht möglich war.

Wenn die Norm die Strafsatzung aus dem Strafgesetz wiederholt, so kommt derselben gleichwohl eine selbständige Bedeutung nicht zu, die Wiedergabe ist nur narrativ, nicht dispositiv.[1]) Aber im Interesse derjenigen, an welche die Norm sich wendet, ist es wünschenswert, daß die Norm ausdrücklich auf die Folgen ihrer Uebertretung hinweist.[2])

Es ist ferner gleichgültig, ob die Blankettnorm ihr Motiv authentisch erklärt oder nicht. Es war z. B. zur Rechtsgültigkeit der — nun unterm 5. Februar 1906 (RGBl. 120) neu publizierten — kaiserlichen VO. vom 9. Mai 1897 (RGBl. 203) nicht nötig, sie als „Verordnung zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe auf See" zu titulieren; es entscheidet einzig und allein der materielle Inhalt.[3])

Bezüglich der formellen Erfordernisse der Blankettnorm hat der Gesetzgeber zunächst freies Bestimmungsrecht ohne Rücksicht darauf, ob reichsrechtliche oder partikulare Normen in Frage stehen.[4]) Im übrigen aber ist für die Entscheidung von Bedeutung, ob bei partikularer Norm materiell Reichs- oder Landesrecht vorliegt. Enthält nämlich das Blankostrafgesetz eine bloße Bezugnahme auf einzelstaatliche Normen, so bleiben diese formell wie materiell Landesrecht, sie werden nicht materielles Reichsrecht.[5])

---

[1]) Rosin 79 Note 18.

[2]) Edel, a. a. O. 181. Heinze, Verhältnis 56, findet eine solche Wiederholung sonderbarerweise „inkorrekt". Falsch bei KG., GoltdArch. 42 420.

[3]) RG. 21 121; 32 39. Zweifel ergaben sich z. B. bezüglich der Eigenschaft der Bayer. Bauordnung vom 30. Juni 1864 als feuerpolizeilicher Anordnung (368[8] StGB.); vgl. BlAdmPr. 28 126.

[4]) Vgl. z. B. § 5 des G. vom 27. Mai 1896; § 36 des G. vom 9. Juni 1897; § 4 des G. vom 30. März 1903; § 81 des G. vom $\frac{\text{15. Juni 1883}}{\text{10. April 1892}}$ u. a.

[5]) A. A. wohl PrOTr., GoltdArch. 25 64: „Die Polizeiverordnung scheidet aus dem Gebiete des Landesstrafrechts ganz aus; sie wird ein Supplement des Reichsstrafgesetzes".

Diesen Gedanken hat schon treffend *Binding*[1]) zum Ausdruck gebracht: „Die Verordnung behält ihren durchaus lokalen, das Landesgesetz seinen partikularen Charakter. Beide bekommen nicht einmal durch die Ausstattung mit der Reichsstrafe eine größere Autorität. Denn sind diese Verordnungen einmal Gegenstand der Lokalbehörde, so hat sich das Reich gar nicht damit zu befassen und kann unmöglich ihr Ansehen oder ihre Ausdehnung steigern." Es leuchtet ein, daß im Wesen einer partikularrechtlichen Norm, die etwa schon vor dem Blankostrafgesetz gültig erlassen worden war, durch die Tatsache, daß hinterher das Reich die Uebertretung der Norm unter Strafe stellt, eine derartige Verschiebung bei formell unverändertem Fortbestand nicht eintreten kann.[2])

Bierling[3]) will neben der landesrechtlichen noch eine primäre reichsrechtliche Norm annehmen von dem Wortlaut: „Wo partikulare Normen des und des Inhalts bestehen, da sollen sie gelten." Das ist aber zunächst gar keine Norm im technischen, strafrechtlichen Sinn, sie wäre nur staatsrechtlichen Inhalts. Will aber *Bierling* damit sagen, daß die Norm „verbindlich" sein solle, so muß demgegenüber nochmals darauf hingewiesen werden, daß die Verbindlichkeit der Norm hier eben nicht auf dem Reichs-, sondern auf Landesrecht beruht.

Liegt aber eine landesrechtliche Blankettnorm vor, so bemißt sich, wenn das Reich nicht besondere Vorschriften getroffen hat, auch deren formelle Seite nach dem Landesrecht.[4]) Dabei bestehen für die Schaffung der Blankettnormen im allgemeinen dieselben Grundsätze wie für Gesetze.[5])

Was insbesondere die Publikation betrifft, so ist zu bemerken, daß die Norm im Sinne der Normentheorie einer schriftmäßigen Niederlegung und Veröffentlichung nicht bedarf; gerade die wichtigsten gehören dem ungesetzten Rechte an. Die Blankettnorm ist aber Rechtsnorm, Gesetz im materiellen Sinne, welches nach

[1]) Binding, Normen 1 164.

[2]) So: Arndt, Verordnungsrecht 24; Kirchenheim 35; Rödenbeck 77; Rosin 73; Rotering 30; Stengel, Lehrb. 26; Umhauer, 37 f.

[3]) Bierling, ZStW. 10 268.

[4]) Gl. A. KG., GoltdArch. 51 59; OLG. Breslau, GoltdArch. 39 385; Laband, Reichsstaatsrecht 134; Rödenbeck 75; Rosin 74 und zit.

[5]) BayObLG. 4 289 f.

den Grundsätzen des positiven Reichs- und Landesstaatsrechts zur Wirksamkeit der Publikation durch das zur Normsetzung legitimierte Organ bedarf;[1]) denn in dem Rechte, verbindliche Normen zu erlassen, ist auch das Recht und die Pflicht enthalten, dieselben gehörig bekannt zu machen.[2]) Die Publikation hat nicht den Zweck, die Kenntnis der Norm allen von ihr Betroffenen zu verschaffen; denn der vernünftige Gesetzgeber kann von dem Volke das Lesen, Verstehen und Merken aller einzelnen Rechtssätze überhaupt nicht verlangen. Ginge er aber diesem Zwecke nach, so müßten die Gesetze auf ganz andere als die jetzt herkömmliche Art bekannt gemacht werden, etwa wie früher durch Ausrufen vor dem Volke, Verlesen von der Kanzel, nicht durch Abdruck in einem offiziellen, meist nur in die Hände der Beamten gelangenden Gesetzbuch. Diese Publikation gewährt nur die Möglichkeit, das Gesetz kennen zu lernen und seinen Text authentisch festzustellen.[3]) Daher muß aber auch die Verkündung dem Wortlaute und darf nicht bloß dem Inhalte nach erfolgen.[4])

An sich bedürfte die Blankettnorm der für das formelle Gesetz vorgeschriebenen Verkündung; dadurch würde aber eine solche Fülle von Rechtsvorschriften aufeinander gehäuft, daß auch der Jurist Ein- und Ueberblick verlieren würde. Deshalb haben besondere gesetzliche Vorschriften bestimmt, daß solche Normen, die sich nur an örtlich oder persönlich abgegrenzte, engere Kreise von Personen wenden, in einer Weise veröffentlicht werden, welche den davon Betroffenen die Norm unmittelbarer und eindringlicher zur Kenntnis bringt als das offizielle Gesetzbuch;[5]) daher die Verkündung von Normen in lokalen und provinziellen Amtsblättern, vielfach auch sogar in der Tagespresse.

Nur wo eine Vorschrift sich an bestimmte Personen wendet, darf der Weg einer persönlichen Bekanntmachung gewählt werden, wie es z. B. in der Praxis bei § 361 [6] StGB. vielfach üblich ist. Aber auch hier muß, damit jederzeit eine authentische Feststellung der Norm möglich ist, wenigstens eine schriftliche Aufzeichnung

[1]) Laband, Staatsrecht 2 170.
[2]) Mohl 1 49.
[3]) M. E. Mayer, Rechtsnormen 6.
[4]) KG., Recht 11 472; vgl. auch DJZ. 12 1262.
[5]) Schramm 51; Gierke 1 133 Note 21.

der Norm ausgehändigt werden.[1]) Eine Mitteilung durch bloßes Vorlesen, welche *Arndt*[2]) hier als genügend erachtet, ist nicht ausreichend.

Wo die Blankettnorm sich nur auf ganz genau bestimmte Oertlichkeiten bezieht, darf auch lediglich eine Erkennbarmachung an Ort und Stelle erfolgen, soferne dieselbe auch wirklich eine Kenntnisnahme für jeden Betroffenen herbeizuführen geeignet ist.[3]) Die bloße Warnungstafel, der gemalte Radschuh und derartige Symbole sind dagegen nur Mahnungen an den dahinterstehenden Befehl,[4]) nicht selbst dessen stillschweigende Kundmachung.

Wo sich verschiedene Möglichkeiten der Verkündung ergeben, entscheidet entweder zunächst[5]) ausdrücklich hierüber das Landesrecht, subsidiär erst das normierende Organ.

Keine Publikationsform bilden natürlich die neben der Verkündung z. B. in § 7 des G. vom 1. Mai 1894 vorgeschriebene Mitteilung an den Reichskanzler oder die mehrfach geforderte Kundgabe an den Reichstag[6]) oder die nach Art. 11 des bayerischen PStGB. nötige Vorlage an die zuständigen Gerichte.[7])

Hinsichtlich der vom Bundesrat erlassenen Normen besteht Streit, ob zu deren Rechtswirksamkeit Publikation im Reichsgesetzblatt erforderlich sei.[8]) Art. 2 der RV. bestimmt, daß „Reichsgesetze" im Reichsgesetzblatt verkündet werden müssen; die Praxis der höchsten Gerichtshöfe, beginnend beim ehemaligen

---

[1]) So auch OLG. Hamburg, Entsch. 1 394.

[2]) Arndt, VerordnungsR. 166 Note 8; BayObLG. 7 328.

[3]) Stenglein, a. a. O. 324. Vgl. auch § 8 des G. vom 8. Juli 1893; § 105 f der GewO.

[4]) O. Mayer, a. a. O. 1 280 Note 12.

[5]) Arndt, a. a. O. 203, will nur das normierende Organ hierüber entscheiden lassen, wenn reichsrechtliche Ermächtigung zur Normierung vorliegt; dem partikularen Blankettempfänger ist aber auch hier das Landesrecht vorgesetzt.

[6]) Siehe oben S. 37.

[7]) BayOG., Samml. 3 488.

[8]) An sich gilt dieser Streit auch für kaiserliche Verordnungen, ist aber für diese nicht praktisch, da deren Publikation üblich durch das Reichsgesetzblatt erfolgt.

ROHG.[1]) und streng durchgeführt vom RG.[2]), faßt das Wort „Reichsgesetze“ in der angeführten Vorschrift im formellen Sinne auf. Diese Ansicht wird geteilt von *Arndt*[3]), *Löning*[4]) und *Seydel*[5]), während die gegenteilige vertreten wird von *Hensel*[6]), *Meyer-Anschütz*[7]) und *Laband.*[8])

Es muß jedoch anerkannt werden, daß die Reichsverfassung den Gegensatz von materiellem und formellem Gesetz nicht kennt, wennschon dieser faktisch auch für sie gilt. Diese rein wissenschaftliche Konstruktion war aber bei Schaffung der Verfassung noch keineswegs Gemeingut, vielmehr war das Gesetz im Sinne jener Zeit nur das formelle Gesetz.

Diese Auffassung findet eine Stütze in verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen. Es wäre sonst überflüssig, wenn das Reichsgesetz, wie es dies in zahlreichen, von ihm offenbar als besonders wichtig erachteten Fällen tut, ausdrücklich Verkündung im Reichsgesetzblatt fordert: vgl. z. B. § 36 des G. vom 9. Juni 1897, § 12 des G. vom 15. Juni 1897, § 4II des G. vom 30. März 1903. So heißt es auch in den Motiven zu § 120e der GewO.[9]): „Die durch Beschluß des Bundesrats erlassenen Vorschriften bilden Ergänzungen des Reichsgewerberechts, sie sollen daher .... durch das Reichsgesetzblatt veröffentlicht werden“.

Es ist jedoch der gegnerischen Ansicht insofern beizustimmen, als die Veröffentlichung durch das Reichsgesetzblatt stets das Zweckmäßigere ist; eine rechtliche Notwendigkeit dafür besteht aber nicht, so daß also auch die Publikation im Zentralblatt, Reichsanzeiger u. dgl. für rechtlich genügend erachtet werden muß.

Ist eine Publikation gar nicht oder mangelhaft erfolgt und deshalb die Norm ungültig, so bestehen keine Bedenken dagegen, die Norm nachträglich ordnungsgemäß bekannt zu machen; für

---

[1]) ROHG., Entsch. 21 62.
[2]) RGZ. 40 76; 48 88.
[3]) Arndt, Recht 5 58; gl. A. Knorr 46 f.; Hoppenrath 28.
[4]) Löning, Lehrb. 239.
[5]) Seydel, Verfassungsurkunde 45.
[6]) Hensel, Hirths Ann. 1882 27.
[7]) Meyer-Anschütz 574.
[8]) Laband, Staatsrecht 2 101 und ArchOeffR. 18 305.
[9]) M. der Novelle von 1891 18.

die Form der Publikation kommt dann einzig und allein das bei der neuerlichen Publikation geltende Recht in Anwendung.[1])

Besonders für Preußen wird ferner die Frage von Wichtigkeit, ob für die als Verordnungen ergehenden Blankettnormen die landesrechtlich für Polizeistrafverordnungen vorgeschriebenen formellen Erfordernisse gelten. Mit Recht geht die gemeine Meinung dahin, daß dies nicht der Fall ist. Allein es ist hier Folgendes zu erwägen: Für die Gegenwart wird man allerdings davon auszugehen haben, daß die Blankettnorm der für Polizeistrafverordnungen nötigen Förmlichkeiten nicht bedarf; denn die Blankettnorm ist eben keine Strafverordnung, da die der letzteren wesentliche Strafsanktion bereits im Blankostrafgesetze gegeben ist. Es kannte auch das preußische Strafrecht schon Blankostrafgesetze, die auf polizeiliche Vorschriften verwiesen,[2]) und daneben die Polizeistrafverordnungen; es setzte also einen Gegensatz zwischen den beiden, sodaß mangels positiver Vorschrift nicht für das eine gilt, was für das andere vorgeschrieben ist.[3]) Indessen ist hier nochmals daran zu erinnern, daß das StGB. nicht zu partikularen Normen ermächtigt, sondern nur an solche anknüpft; sofern also das Landesrecht keine anderen Vorschriften kennt als Strafverordnungen, muß auch die Blankettnorm sich nach den für jene geltenden Bestimmungen richten; nur die auf reichsrechtlicher Delegation beruhenden Normen sind von landesrechtlichen Formvorschriften im Zweifel unabhängig, ohne daß auch hier das Partikularrecht ausgeschlossen wäre. Wo ältere, nach dem Rechte ihrer Entstehungszeit nur als Polizeistrafverordnungen mögliche Normen in Frage stehen, müssen auch die für Strafverordnungen damals gültigen Formvorschriften erfüllt sein.[4])

Manchmal schreibt das Blankostrafgesetz vor Erlassung der

---

[1]) Gerland 76; PrOVG., PrVerwBl. 8 71.

[2]) Siehe oben S. 8.

[3]) Vgl. hierüber die schwankende Judikatur des KG.: einerseits GoltdArch. 41 165 Note 1; 42 420; PrVerwBl. 14 408; anderseits GoltdArch. 39 183; PrVerwBl. 14 397. Ferner PrOTr., GoltdArch. 21 357; 22 503; 25 64; zu weit gehend Verfügung des preußischen Ministers des Innern vom 8. November 1872, MBl. 334.

[4]) Richtig OLG. Breslau, GoltdArch. 39 385.

Norm Anhörung bestimmter Personen, Behörden oder Körperschaften vor. Ob es nun notwendig ist, die Innehaltung jener Erfordernisse bei Publikation der Norm zu bezeugen, richtet sich darnach, ob das Erfüllen jener Förmlichkeit auf die Rechtsgültigkeit der Norm von Einfluß ist, ob es sich mit anderen Worten um eine streng zwingende oder lediglich instruktionelle Vorschrift handelt.[1]) Im zweiten Fall darf sich das publizierende Organ bei der Verkündung darüber ausschweigen, ob jene Anhörung erfolgt ist. Will dagegen die Wirksamkeit der Norm von der Einhaltung jener Voraussetzung abhängig gemacht werden, dann muß deren Erfüllung auch bei der Publikation dargetan werden, da sonst weder der Gehorsamspflichtige noch der Richter die Verbindlichkeit der Norm prüfen kann. Wenn man sich demgegenüber darauf beruft, daß ja auch in Gesetzen diejenigen Umstände nicht erwähnt werden, deren Vorhandensein die Gültigkeit des Gesetzes bedingt — vgl. z. B. Artt. 5 Abs. 1 Satz 2, 7 Abs. 3, 28, 78 Abs. 1 und 2 der RV. —, so muß darauf erwidert werden, daß das Gesetz sowohl für den Betroffenen als auch für den Richter die Fiktion der Rechtsgültigkeit besitzt.[2])

Welcher der beiden Fälle vorliegt, kann nur aus den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen gefolgert werden; im Zweifel wird es sich wohl gewöhnlich um eine bloße Ordnungsvorschrift handeln.[3])

Daß im übrigen die Blankettnorm zum Ausdruck bringen muß, von wem sie erlassen ist, erscheint fast trivial, ist tatsächlich aber schon übersehen worden.[4]) Zu jenem Zwecke muß die

[1]) Lindemann 51. Rosin, DJZ. 10 135 ff. will 4 verschiedene Fälle unterscheiden; ich halte die im Texte angegebene Zweiteilung für ausreichend und wesentlich.

[2]) Siehe unten § 24.

[3]) Vgl. über § 120e II der GewO.: KG., Reger 21 131; 22 332; 23 63; 3. Erg. Band 59; Recht 11 202; OLG. Hamburg, Entsch. 1 458 und zit.; dagegen RG. 35 263; 34 368; 38 60: Arndt, Recht 9 121; ders., DJZ. 12 259. Ganz falsch BayObLG. 6 126.

Aus dem obigen ergibt sich auch unsere Stellungnahme bezüglich der zu §§ 18 ff. des ReichsviehseuchenG. ergehenden Normen: das Vorhandensein der Seuchengefahr — nicht aber die Details — sind zu konstatieren; vgl. RG. 38 60 f.; 39 274; Recht 11 1084; KG., Reger 25 367 (anders 24 464); Kronecker, DJZ. 12 346.

[4]) OLG. Hamburg, Entsch. 1 207.

Norm, wie für Preußen das KG.[1]) ausgesprochen hat, von dem erlassenden Organ, die bayerische ortspolizeiliche Vorschrift vom Bürgermeister[2]) gezeichnet sein.

§ 15.
Die materiellen Erfordernisse.

In dieser Hinsicht ist die Norm von der Strafsatzung streng zu scheiden; letztere ist bereits im Blankostrafgesetz enthalten, der Blankettempfänger hat keinerlei Befugnis zur Straffestsetzung.[3]) Die rechtswirksam zu Stande gekommene Norm unterfällt kraft Gesetzes der reichsrechtlichen Strafdrohung; es ist daher ungenau, wenn *Beling*[4]) ausführt: „Das Blankettstrafgesetz erwartet eine doppelte Ergänzung: eine Präzisierung des Tatbestandes und einen Ausspruch über die Unerlaubtheit". Das Blankostrafgesetz erwartet nur ein Ge- oder Verbot; die dasselbe verletzende Handlung oder Unterlassung bildet auch zugleich den gesetzlichen Tatbestand, wenigstens beim generellen Blankostrafgesetz. Richtig ist *Belings* Ansicht jedoch für das spezielle Blankostrafgesetz.

Wie die Blankettnorm überhaupt keine selbständige Strafsanktion zu geben hat, so darf sie auch nicht das vom Blankostrafgesetz bestimmte Maximum oder Minimum der angedrohten Strafe abändern oder innerhalb der vom Blankostrafgesetz gezogenen Grenzen eine bestimmte Strafe androhen. Die vom Blankostrafgesetz abweichende Strafsatzung, mag dieselbe auch nur auf einem Versehen beruhen[5]), ist, da sie dem Reichsgesetz widerstrebt, nichtig.[6])

Dadurch wird aber noch nicht die Rechtsgültigkeit der Blankettnorm selbst berührt; denn utile per inutile non vitiatur. Die Strafdrohung ist der Norm unwesentlich, sie wird eben in ihrer Fehlerhaftigkeit gar nicht berücksichtigt und es tritt die

---

[1]) KG., GoltdArch. 42 421.
[2]) OLGMünchenSt. 5 228.
[3]) Schwarze, GS. 22 398.
[4]) Beling, Lehre 160.
[5]) OLG. Hamburg, Entsch. 1 459.
[6]) Edel, PStGB. von 1861 181; Genzmer 42 Note 32; Bar, Gesetz 1 45. Ein anderer Fall in OLG. Hamburg, Entsch. 1 490 f.

gesetzliche Strafdrohung an ihre Stelle.[1]) Insbesondere ist dies der Fall bei solchen Normen, die vor dem Blankostrafgesetz gegeben worden und unter abweichender Strafdrohung gestanden sind. (Siehe S. 66 f.)

Was hingegen die Norm selbst anbelangt, so muß diese, wie schon öfters erwähnt, auf gesetzlicher Ermächtigung beruhen, ihre letzte Grundlage muß in Anbetracht des Art. 4 Ziffer 13 der RV. ein Reichsgesetz sein.[2]) Wo das Blankostrafgesetz diese Funktion nicht erfüllt, kommt in letzter Linie § 2 des EG. z. StGB. als Zuständigkeitsnorm in Betracht; so ergibt sich etwa für eine bayerische Blankettnorm in diesem Falle die Kette: Art. 4 Ziffer 13 RV., § 2 EG. z. StGB., Art. 2 Ziffer ... PStGB., bezw. die AV. vom 4. Januar 1872 (RegBl. 25). Ob für die Norm eine gesetzliche Grundlage besteht, muß nach der Rechtslage desjenigen Zeitpunktes untersucht und entschieden werden, in welchem die Norm erlassen wurde; wenn nämlich nicht ausdrücklich die Aufhebung der bereits erlassenen Normen ausgesprochen wird, bleiben dieselben auch dann fortbestehen, wenn nachträglich und ohne Rückwirkung die gesetzliche Ermächtigung wegfällt.[3])

Hält sich eine Norm nicht in den Grenzen ihrer gesetzlichen Grundlage, so entbehrt der von der Ermächtigung nicht getragene Teil der Gültigkeit, während der andere Wirksamkeit besitzt.[4]) Das Nämliche gilt auch dann, wenn die materiell landesrechtliche Norm einer höheren landesrechtlichen Vorschrift widerspricht; bloße Instruktionen, die für den Erlaß von Polizeiverordnungen gegeben sind, fallen jedoch unter jene für die Rechtsgültigkeit maßgebenden Vorschriften nicht.[5]) Für Bayern schlägt hier ein Art. 10 PStGB.: „Keine Verordnung darf mit Gesetzen, keine orts-, distrikts-, oder oberpolizeiliche Vorschrift mit Gesetzen, mit den über denselben Gegenstand zulässigen Verordnungen oder mit kompetenzmäßigen Vorschriften einer höheren Behörde im Widerspruch stehen".

[1]) Rosin 181; Rotering 29; Binding, Normen 1 40 Note 8; PrOAG., Stengleins Z. 13 381; Parey 17; OLG. Hamburg, Entsch. 1 520 ff.

[2]) Löning, a. a. O. 241; Arndt, ZStW. 21 261 ff.

[3]) Fricker, ZStaatsw. 43 21.

[4]) Laband, Staatsrecht 2 99. Sehr streng KG., DJZ. 9 997; KGJ. 34 C 14.

[5]) Rotering 30 f.; vgl. Parey 17.

Nimmt das Blankostrafgesetz nur Bezug auf die kraft landesrechtlicher Ermächtigung ergehenden Normen, so folgt aus dem Umstande, daß etwa eine solche Norm sich mit dem Blankett des Strafgesetzes nicht deckt, keineswegs deren Ungültigkeit, da sich ja die Norm überhaupt nicht auf das Blankostrafgesetz stützt.[1]) Es kann sich daraus nur die Folge ergeben, daß der Norm die reichsrechtliche Strafdrohung nicht zukommt.[2]) Die Gültigkeit der Blankettnorm richtet sich daher hier in erster Linie nach dem Landesrecht, welches das reichsrechtliche Blankett selbst generell modifizieren darf.[3])

Wo dagegen die Blankettnorm sich materiell als Reichsrecht darstellt, wo also eine direkte reichsgesetzliche Ermächtigung an den Blankettempfänger vorliegt, nimmt die Norm gegenüber dem Landesrecht auch an der höheren formellen Gesetzeskraft des Reichsrechtes teil und geht widerstreitenden Landesgesetzen vor.[4])

Die Blankettnorm entbehrt ferner insoweit der Rechtsgültigkeit, als sie in eine Materie eingreift, die von der Reichsstrafgesetzgebung bereits erschöpfend geregelt ist; sie wird auch durch die nachträgliche anderweitige Normierung in einem Reichsgesetz außer Wirksamkeit gesetzt[5]), wie ja überhaupt das Reich sich der dem Blankettempfänger überlassenen oder übertragenen Normierung jederzeit selbst bemächtigen[6]) oder sie anderweit vergeben kann.

Insbesondere bei vor Inkrafttreten des Blankostrafgesetzes erlassenen Vorschriften lassen sich folgende Fälle unterscheiden: Soweit deren Norm sich im Rahmen des Blanketts hält, bleibt

---

[1]) Meves 297.

[2]) KGJ. 33 C 5.

[3]) Rehm, Hirths Ann. 1895 57. Ueber die zu verneinende Frage nach Verfolgbarkeit fiskalischer Interessen in Blankettnormen vgl. Seydel, StaatsR. 3 4 f.; OLG. Jena, GoltdArch. 41 150; OLG. Stettin, GoltdArch. 45 294; KG., DJZ. 5 483; Seydel, KrVJSchr. 38 279; Mayer, Theorie 162, 183; Treitel, DJZ. 12 296.

[4]) Jellinek 261; Arndt, Verordnungsrecht 193; Stengel, Organisation 31; Seydel, BlAdmPr. 48 361.

[5]) D. h. in seinem Bestand aufgehoben, nicht nur bei formellem Fortbestand der Anwendbarkeit entkleidet; vgl. Seydel, Verfassungsurkunde 42; Trieps 134.

[6]) Löning, Lehrb. 231.

sie fortbestehen[1]), dagegen entfällt die selbständige Strafdrohung und an deren Stelle tritt das Blankostrafgesetz; so bewegen sich jene Delikte, welche früher der Landesstrafgewalt unterstanden, plötzlich unter reichsrechtlicher Strafsatzung.[2]) Soweit die Norm einer nunmehr im Reichsstrafgesetz gegebenen widerspricht, tritt sie außer Kraft und macht reichsrechtlicher Norm und Strafdrohung Platz. Soferne es sich um eine nach § 2 EG. z. StGB. auch fernerhin dem Landesrecht vorbehaltene Vorschrift handelt, bleibt Norm und Strafsatzung innerhalb der durch das genannte Einführungsgesetz vorgezeichneten Grenzen fortbestehen.

Die Norm lebt ohne Rücksicht auf die Strafdrohung aber in den angeführten Fällen nicht nur dann fort, wenn sie eine sogenannte formulierte ist.[3]) Auch wenn das außer Kraft gesetzte Strafgesetz ein normales war, kann die darin implicite zum Ausdruck gebrachte Norm, mangels einer dieselbe wiedergebenden sonstigen Vorschrift, sich nunmehr in die fortan dem Blankostrafgesetz zu Grunde zu legende Blankettnorm verwandeln. Dieser Fall ist praktisch geworden bei dem durch § 367 [9] StGB. aufgehobenen § 345 [7] des prStGB.[4])

Endlich muß als materielles Erfordernis der im übrigen ganz dem Belieben des Blankettempfängers überlassenen Norm gefordert werden, daß sie wirklich ein Gebot oder Verbot darstellt, das sich unter Beschränkung der Freiheit der Person oder des Eigentums an das Publikum überhaupt oder einzelne Kreise desselben wendet. Bloß als Verwaltungsbefehle wirkende Dienstesvorschriften können als solche nicht erachtet werden.[5])

---

[1]) PrOTr., Stengleins Z. 12 363; RGRspr. 9 682; RG. 30 437; Umhauer 37. Eine bezügliche ausdrückliche Bestimmung gibt für Bayern Art. 159 PStGB. Wegen der formellen Erfordernisse siehe KG., GoltdArch 43 275.

[2]) BayOG., Samml. 4 74; 5 69.

[3]) Siehe oben S. 21.

[4]) Binding, HB. 1 323. Vgl. noch Umhauer 37; OLG. Cassel, GoltdArch. 40 176.

[5]) RG., GoltdArch. 42 129.

III. Abschnitt.

Strafrechtlicher Teil.

§ 16.

Kriminal- und Polizeistrafrecht.

Vor einem halben Jahrhundert schrieb *Rau*[1]): „Die Polizei ist der gordische Knoten, die dunkle Stelle in den staatswissenschaftlichen Büchern... Seit anderthalb Jahrhunderten hat man sich bemüht, eine gute Erklärung zustande zu bringen, aber es gelang nicht... Eine einheitliche Definition der Polizei ist nicht möglich."

Seitdem hat sich aber der Begriff der Polizei verengert und damit geklärt; während er nämlich früher identisch war mit dem der Verwaltung, bezeichnet er jetzt nur mehr eine Seite derselben, nämlich diejenige, welche die Abwehr drohender Gefahren bezweckt, während die andere, umfassendere Aufgabe der Verwaltung darin besteht, durch besondere Maßregeln die Sicherheit und Wohlfahrt des Ganzen und seiner Glieder positiv zu fördern.[2]) Die Verwaltung scheidet sich somit nach moderner Auffassung in die polizeiliche und die pflegliche Tätigkeit. Wir definieren somit: „Polizei ist diejenige Verwaltungstätigkeit, welche durch

---

[1]) Rau, ZStaatsw. 9 606, 616, 627.

[2]) Aehnlich: Stengel, ZStaatsw. 38 258 f.; Organisation 4; Schramm 35 f.; Rosin, Stengels Wörterbuch 2 275. Seydel, Staatsrecht 3 3, will nur die Prävention gegen Gefährdungen durch Menschen zur Polizei rechnen; diese Beschränkung ist jedoch ungerechtfertigt und widerspricht den Tatsachen.

Beschränkung der persönlichen Handlungsfreiheit den der Sicherheit und Wohlfahrt drohenden Gefahren vorzubeugen sucht."

Gegenüber der gegenwärtig hierüber bestehenden Uebereinstimmung bildet die „Polizei" aber auch heute noch die crux des Strafrechts bei dem Gegensatz zwischen Kriminal- und Polizeistrafrecht. Hierüber bemerken die Motive zum StGB. für den Norddeutschen Bund[1]: „Vergeblich ist von den Rechtsschulen des Mittelalters bis herab auf unsere Zeit trotz der Vorliebe, welche man der Erörterung dieser Frage gewidmet hat, der Versuch gemacht worden, die Grenzlinie zwischen dem kriminell und polizeilich Strafbaren zu finden. Auch in der neuesten Zeit ist es nicht gelungen, jenen nach *Koestlins* Ausdrucke die Juristen in Verzweiflung setzenden Unterschied mit Sicherheit und Gleichmäßigkeit durchzuführen."

Auch heute ist es nicht anders.[2]) So findet sich denn auch eine größere Anzahl von Schriftstellern, welche von einem generischen Unterschied zwischen kriminellem und polizeilichem Unrecht nichts wissen wollen, so *Gg. Meyer*[3]), *Rosenberg*[4]), *Schaper*[5]), *Weinrich*[6]), *Geib*[7]), *Mittermaier*[8]), welch letzterer aber doch „gefühlsweise" das Polizeiunrecht etwas Besonderes nennen möchte.

Was aber dieses unterscheidende Merkmal sei, darüber gehen die Ansichten, deren *Rosenberg*[9]) elf verschiedene aufzählt, weit auseinander; ihre Prüfung würde den Rahmen dieser Arbeit weit überschreiten. Unseres Erachtens hat man beim Versuch einer Scheidung zwischen Kriminal- und Polizeiunrecht sich der Bedeutung des Wortes „Polizei" zu wenig erinnert. Von dem oben festgestellten Begriff derselben ausgehend, definieren wir: „Die Uebertretung derjenigen Normen, welche lediglich den der Sicherheit und Wohlfahrt des Staates oder seiner Glieder allgemein drohenden Gefahren vorbeugen wollen, bildet das polizeiliche

---

[1]) M. 87.
[2]) Oetker, JKV. 7 208.
[3]) Meyer, Verwaltungsrecht 1 74 f.
[4]) Rosenberg, ZStW. 22 44.
[5]) Schaper, HHB. 2 94.
[6]) Weinrich, ZStW. 17 798.
[7]) Geib, Lehrb. 2 181.
[8]) Mittermaier, IKV. 10 532.
[9]) Rosenberg, ZStW. 24 5 ff.

Unrecht.“ Dagegen befaßt sich das Kriminalstrafrecht mit der Zuwiderhandlung gegen diejenigen Normen, welche bestimmte Rechtsgüter vor Verletzung oder Gefährdung schützen wollen.

Es ist allerdings tatsächlich richtig, daß, wie *Rosenberg*[1]) meint, beim kriminellen Unrecht eine unmittelbare Gefährdung speziell bestimmter Rechtsgüter, beim polizeilichen Unrecht eine mittelbare Gefährdung generell bestimmter Rechtsgüter vorliege; das ist aber nur eine aus dem Wesen der beiden Gruppen resultierende Folge, nicht das wirklich Entscheidende.

Wohl am nächsten steht der hier formulierten Fassung der fraglichen Unterscheidung die Ansicht *Franks*[2]), der unter Ablehnung eines begrifflichen Unterschiedes zwischen den polizeilichen und den zum Kriminalunrecht gehörenden sogenannten abstrakten Gefährdungsdelikten den Gegensatz dahin konstruiert, daß bei letzteren der Eintritt einer Gefahr ein unwiderleglich präsumiertes Tatbestandsmerkmal, bei den Polizeidelikten die Möglichkeit einer Gefährdung lediglich das Motiv der Poenalisierung sei.

Diese Ausführung geht vom Strafgesetz aus, nicht von der Norm; in der letzteren allein kann jedoch das unterscheidende Moment gefunden werden. Ganz abgesehen davon, daß kein Strafgesetz zu der von *Frank* konstruierten Unterscheidung und Fiktion einen Anhaltspunkt gibt[3]), ist zu berücksichtigen, daß die Strafdrohung eine in allen Fällen gleichbleibende Tatsache, einen mehr äußerlichen Umstand bildet, ohne welchen Norm und Normwidrigkeit genau so gut denkbar sind, aus dem also ein Unterschied der Delikte selbst nicht hergeleitet werden kann.

Vielfach definiert man die polizeilichen Delikte als die reinen Ungehorsamsdelikte; diese — allerdings leicht mißverständlich wirkende — Bezeichnung ist im allgemeinen nicht zu beanstanden. Man darf allerdings hiebei nicht den Schwerpunkt auf den Un-

---

[1]) Rosenberg, a. a. O. 8.

[2]) Frank, Stud. 19 f. Vgl. auch Baumeister 12; Rosin in Stengels Wörterbuch 2 275; Rosenfeld, JKV. 7 267. Neuestens will Frank, JKV. 7 190 die Richtung gegen die „gute Ordnung der Gesamtheit“ als weiteres Charakteristikum des Polizeidelikts heranziehen; das ist doppelsinnig und überflüssig; vgl. Rosenfeld, a. a. O. 200.

[3]) Goldschmidt, GoltdArch. 49 78.

gehorsam selbst legen; denn der Ungehorsam gegen eine Norm ist an sich, wenn aus ihm keine Nachteile entstehen oder wenigstens zu befürchten sind, einerseits zur Rechtfertigung einer Strafbestimmung nicht genügend[1]), anderseits ist er als Unterscheidungsmerkmal, weil bei jeder strafbaren Handlung Voraussetzung, nicht ausreichend. Dagegen ist soviel richtig, daß, weil eben dem Polizeiunrecht lediglich die Prävention gegen Gefahren eigen ist, hier die Strafe nicht erst bei eingetretener Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes, sondern ohne Rücksicht darauf bei dem bloßen Ungehorsam gegen die Norm eintritt.[2])

Jede Polizeivorschrift zeigt unverkennbar einen Zusammenhang mit der Rechtsgüterwelt[3]); dies ist allerdings nicht unbestritten.

Wenn nun aber z. B. allenthalben das Abspringen von der Trambahn während der Fahrt verboten und unter Strafe gestellt wird, so ist auch hier Rechtsgüterschutzfunktion gegeben. Da Selbstmord und Selbstverletzung (abgesehen von § 142 StGB.) im deutschen Strafrecht nicht geahndet werden, will jene Norm allerdings nicht das Rechtsgut des Lebens oder der körperlichen Integrität des Abspringenden schützen; die Gefahren, welche hier drohen und abgewendet werden sollen, sind ganz anderer Art: es können vorübergehende Personen verletzt, in der Nähe befindliche Gegenstände von dem Abspringenden beschädigt werden; derselbe gefährdet dadurch, daß er beim Abspringen den sonst geschlossenen Wagen hinter sich offen läßt, die anderen Passagiere; er setzt durch den zu befürchtenden Unfall die Möglichkeit einer Verkehrsstörung und Verkehrsstockung. Die polizeiliche Norm schützt sonach nicht bestimmte, sondern nach Art und Zahl unbestimmte Rechtsgüter.

Die Gegner dieser Ansicht müssen zu deren Bekämpfung den Begriff des Rechtsgutes ungehörig ausdehnen, um auch bei diesen

---

[1]) Aehnlich: Goldschmidt, a. a. O.; Schulz 38; Umhauer 69, dessen Definition der Polizeistrafsatzung denselben Fehler wie diejenige Franks (s. o.) aufweist, ferner die jeder Strafrechtsnorm eigene „Beschränkung der individuellen Handlungsfreiheit" überflüssig hervorhebt und durch Wiederholung des Wortes „polizeilich" idem per idem erläutert.

[2]) Berolzheimer, Entgeltung 264; ähnl. Bar, Gesetz 2 428; a. A. Guderian, ZStW. 21 843 ff.; Frank, JKV. 7 190 f.; Umhauer 57, 69. Vgl Dohna 56 f.

Delikten die Gefährdung oder Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes zu gewinnen; so bezeichnet z. B. *Umhauer*[1]) bei § 360[9] als verletztes Rechtsgut „die staatliche Pflege des wirtschaftlichen Wohlergehens der Staatsangehörigen"; diese Richtung ist aber wohl allen polizeilichen Normen gemeinsam.

Auf welchem Standpunkt steht nun das Reichsstrafrecht, insbesondere das StGB? Der Hochsitz der polizeilichen Delikte ist der 29. Abschnitt in dessen zweitem Teil, er ist aber weder der einzige noch der ausschließliche. Es finden sich sowohl in den übrigen Abschnitten des StGB. polizeiliche Delikte als auch unter den Uebertretungen unzweifelhaft kriminelle, wie z. B. §§ 370[4-6]; doch handeln die Motive an verschiedenen Stellen[2]) von Uebertretungen im Sinne von Polizeidelikten und sprechen sich hiebei dahin aus, „daß hierbei nicht ein von dem übrigen Strafrechte generisch sich unterscheidendes Gebiet behandelt wird." Während nun *Goldschmid*[3]) einerseits anerkennt, daß das StGB. auf jede generische und qualitative Scheidung des Kriminal- und Polizeistrafrechts verzichte, will er anderseits dartun, daß dennoch das StGB. in Wirklichkeit das Polizeistrafrecht als eine Spezialmaterie des gemeinen Strafrechts im Sinne des § 2 EG. z. StGB. anerkenne.[4])

Er weist zur Begründung dieser Ansicht darauf hin, daß das StGB. die Uebertretungen in einem besonderen Abschnitt zusammenfasse und nicht wie das preußische StGB. am Schlusse jeden Abschnittes aufführe.

Durch diese Scheidung sollte aber keineswegs die Verschiedenheit der Uebertretungen von den übrigen Delikten zum Ausdruck gebracht werden. Das preußische StGB. hatte in §§ 332—339 für die Uebertretungen einen eigenen allgemeinen Teil, an den sich dann die einzelnen besonderen Bestimmungen reihten. Das StGB. hat nun die Uebertretungen dem entsprechend modifizierten allgemeinen Teile unterstellt, aber die Zusammenfassung derselben in einem eigenen Abschnitt beibehalten. Dieses Vorgehen ist deshalb gerechtfertigt, weil die Uebertretungen

---

[1]) Umhauer 43.

[2]) M., Anhang I 86 ff.

[3]) Goldschmidt, Verwaltungsstrafr. 478; GoltdArch. 49 77.

[4]) Goldschmidt, a. a. O.

doch mehrfach anders behandelt werden als die Verbrechen und Vergehen, weil ferner dadurch der Gesetzgeber der meist schwer und nur willkürlich zu lösenden Frage aus dem Wege gegangen ist, welchem Abschnitte des StGB. die einzelnen Bestimmungen zuzuteilen seien, weil endlich dadurch zahlreiche Delikte unter einer Strafdrohung in einem Paragraphen vereinigt werden konnten und so eine knappere Form des Gesetzbuches ermöglicht wurde.

Auch der von *Goldschmidt* angezogene § 2 EG. z. StGB. kann nichts beweisen; er spricht — und zwar nur in Anwendung gebräuchlicher Benennungen und zur genaueren Präzision der Begriffe — von „strafbaren Verletzungen der Preßpolizei-, . . . Feldpolizei-Gesetze." Daß es allerdings Polizeigesetze gibt, wird hiemit vom StGB. anerkannt; dafür aber, daß die strafbaren Verletzungen jener polizeilichen Normen eine besondere Art von Delikten bilden, bietet die bezeichnete Vorschrift nicht den geringsten Anhalt; vielmehr besagen die Motive[1]) ausdrücklich: „Hiernächst ist dem Ausdrucke „polizeiliche Gefängnisstrafe" ein anderer substitutiert worden, um auch hierdurch darauf hinzuweisen, daß der Entwurf einen generischen Unterschied zwischen der Verletzung von kriminalrechtlichen und der von polizeistrafrechtlichen Vorschriften nicht kennt."

Da auch dem sonstigen Reichsrecht, insbesondere der Reichsverfassung, ein derartiger begrifflicher Unterschied fremd ist, kann nunmehr behauptet werden, daß nach Art. 4 Ziffer 13 der RV. das Reich auch zur Poenalisierung polizeilicher Normwidrigkeiten zuständig ist; ja selbst wenn ein solcher Unterschied vorhanden wäre, so handelt es sich doch jedenfalls auch hier um „Strafrecht." So wird auch die Zuständigkeit des Reiches allgemein anerkannt;[2]) diese Kompetenz umfaßt an sich auch die Befugnis zur Aufstellung der Norm[3]), doch kann bei dem Schweigen

[1]) M. 87.

[2]) Vgl. Arndt, ZStW. 21 264; Bar, GoltdArch. 18 83 ff.; Binding, HB. 1 276; Entwurf 4 f. (Heinze, HHB. 2 4 führt Binding irrig als Gegner an); Frank, Stud. 8 ff.; Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht 453; Meyer-Allfeld 84; Seydel, Verfassungsurkunde 99. A. A. Umhauer 75, der Note 1 das. fälschlich Goldschmidt für seine Ansicht zitiert.

[3]) Binding, HB. 1 278; Arndt, ZStW. 21 262; VerordnungsRecht 169; Seydel, Verfassungsurk. 42.

des Reichsrechts hierüber die Normierung auch Anderen überlassen oder übertragen werden. Ueber die Zweckmäßigkeit reichsrechtlicher Regelung des Polizeiunrechts und des Blankostrafgesetzsystems werden wir im Schlußparagraphen handeln.

Was nun die Blankostrafgesetze betrifft, so notieren die meisten Kommentare und Lehrbücher bei den einschlägigen Bestimmungen „Polizeidelikt" oder dergleichen. Das ist nun unrichtig; die Entscheidung hat vielmehr wieder das generelle und das spezielle Blankostrafgesetz gesondert zu behandeln. Beim letzteren nämlich kann schon aus dem Strafgesetz die Natur des betreffenden Deliktes als eines kriminellen oder polizeilichen zuverlässig festgestellt werden; denn hier ist im Strafgesetz bereits die gebotene oder verbotene Handlung bezw. Unterlassung, wenn auch ohne die näheren, in der Blankettnorm festzusetzenden Umstände, zum Ausdruck gelangt und es kann daraus ersehen werden, ob es sich um eine polizeiliche Norm handelt oder nicht.

Anders beim generellen Blankostrafgesetz; dessen Rahmen ist gewöhnlich so weit gehalten, daß hierunter kriminelle und polizeiliche Normen subsumiert werden können. Allerdings liegt die weit überwiegende Bedeutung des Blankostrafgesetzes auf polizeilichem Gebiete; es steht aber nichts im Wege, daß es auch Gefährdungs-, ja sogar Verletzungsdelikte umfassen kann, je nach Beschaffenheit und Inhalt der Norm.[1])

Das generelle Blankostrafgesetz ist also nicht, wie man vielfach behauptet, polizeilicher, noch auch krimineller Natur, es kann je nach dem konkreten Falle beides sein; nur präsumtiv ist es polizeilichen Charakters. Aus der Fassung des Strafgesetzes darf hier keineswegs gefolgert werden, daß etwa das bloße Zuwiderhandeln gegen die Blankettnorm den gesetzlichen Tatbestand jener Delikte bilden, hier also nach der Ungehorsamstheorie ein Polizeidelikt vorliegen würde; denn nicht aus dem — hier übrigens einen gesetzlichen Tatbestand gar nicht enthaltenden — Strafgesetz, sondern nur aus der Norm läßt sich jeweils feststellen, ob es sich um ein kriminelles oder polizeiliches Reat handelt.

Die Literatur spricht ungenau den Blankostrafgesetzen des StGB. durchwegs polizeilichen Inhalt zu; nur bezüglich §§ 327

[1]) Binding, Lehrb. II 1 59.

und 328 sind die Ansichten geteilt[1]), aber auch diese Bestimmungen sind von derselben Zwitternatur wie die übrigen. Wenn *Goldschmidt*[2]) den Uebertretungen nach § 361[1–8] „offenbar kriminelle Natur" zuschreibt, so hat er wohl „offenbar" § 361[6] übersehen.

§ 17.

Justiz- und Verwaltungsstrafrecht.

Daß die Normen der Blankostrafgesetze überwiegend polizeilicher Art sind und meist dem Verwaltungsrechte entstammen, erkennen wir in Uebereinstimmung mit zahlreichen Schriftstellern ausdrücklich an.[3]) Auf Grund dieser Tatsache hat schon *Dollmann*[4]) mit Berufung auf *Edel* die strafbaren Handlungen gegliedert in solche gegen die Rechtsordnung und solche gegen die Verwaltungsordnung des Staates. Mit Rücksicht auf den erwähnten Zusammenhang des Polizeistrafrechts mit dem Verwaltungsrechte gehen aber verschiedene Autoren noch einen Schritt weiter und erklären die Polizeistrafe als Verwaltungsmaßregel, das Polizeistrafrecht als Verwaltungsstrafrecht und sonach als Teil des Verwaltungsrechts.[5]) Während es sich bei diesen Schriftstellern aber um rein dogmatische Erörterungen, Vorschläge de lege ferenda handelt, will nunmehr *Goldschmidt*, obwohl er früher zugab[6]), daß nach dem StGB. das Polizeistrafrecht „unverkennbar" Strafrecht im eigentlichen Sinne sei, das Polizei- und Verwaltungsstrafrecht schon nach dem geltenden Recht für das Verwaltungsrecht in Anspruch nehmen.[7])

---

[1]) Für die polizeiliche Natur: Schulz 55; Ortmann, GS. 29 265; Rosenfeld, a. a. O. 208; Binding, Lehrb. II 1 89; dagegen unzutreffend wegen der Höhe der Strafdrohung (das ist ganz gleichgültig!) Berolzheimer, Entgeltung 262 Note 1; vgl. Vhdl. $18^{50}/_{61}$, Beilagenband 2 58; Kitzinger, JKV. 36.

[2]) Goldschmidt, Festgabe 438 Note 4.

[3]) Vgl. Seydel, BlAdmPr. 47 356 f.

[4]) Dollmann, 3. Teil, 4. Band 1. Abteilung 52 Note 8.

[5]) Hoffmann, ZStaatsw. 1 198; Gneist, Engl. Verwaltungsrecht 1 822; Verwaltungsreform 7; Rösler 31 ff; Stein, HB. 1 224; GrünhutsZ. 6 72; Mayer, Franz. Verwaltungsrecht 165, 182 ff.; Stengel, ZStaatsw. 38 256 f. Vgl. auch Schultzenstein, VerwArch. 11 150; Guderian, ZStW. 21 828.

[6]) Goldschmidt, VerwaltungsstrafR. 453; Festgabe 417; GoltdArch. 49 82.

[7]) Goldschmidt, JKV. 12 230 ff.; GoltdArch. 54 35.

Er argumentiert so: „Ist das Verwaltungsstrafrecht wirklich Verwaltungs- und nicht Strafrecht, so muß Subjekt desselben die Verwaltung sein, wie Subjekt des Strafrechts die Justiz ist. Dies ist im geltenden Recht da der Fall, wo das Strafrecht nicht im Prozeß, d. i. nicht durch die Justiz, sondern wie bei der polizeilichen Strafverfügung, dem Verwaltungsstrafbescheid und dem formlosen Submissionsverfahren[1]) durch die Verwaltung in freier Einigung mit dem Straffälligen ausgeübt wird. Hier handelt es sich nicht um die charakteristische Rechtsfolge des Strafrechts, die Entstehung des Rechts der Strafjustiz, sondern um die Anerkennung eines subjektiven Verwaltungsstrafrechts; denn ein Strafrecht, das nicht notwendig durch die Justiz ausgeübt werden muß, wie § 453 StPO. bei Uebertretungen zuläßt, kann kein echtes Strafrecht sein, da demselben die prozessuale Ausübung begrifflich ebenso wesentlich ist wie etwa dem *Wach*'schen Rechtsschutzanspruch. In der Erfüllung dieses gewährt der Staat auf Grund eines Relationsurteils ausgleichende Gerechtigkeit, die Ziviljustiz, in der Ausübung jenes übt er auf Grund eines Qualitätsurteils austeilende Gerechtigkeit, die Strafjustiz".

Diese Ausführungen gehen jedoch fehl. Das Strafrecht ist kein Recht der Justiz; denn diese ist nicht Träger eigener Rechte, sondern dient der Verwirklichung fremder, sei es privater, sei es staatlicher. Auch der *Wach*'sche Rechtsschutzanspruch ist nicht gegen die Justiz, sondern gegen den Staat gerichtet, und dieser ist auch Inhaber des Strafrechts.[2]) Manchmal wird allerdings das Strafrecht nicht im Prozeßwege durch die Justiz, sondern durch eine übrigens höchst euphemistische Einigung der Parteien ausgeübt; euphemistisch deshalb, weil doch die Behörde stets souverän die Strafe festsetzt und die „Einigung" auf Seite des Delinquenten einzig und allein darin besteht, daß er gegen die polizeiliche Strafverfügung etc. keinen Rechtsbehelf ergreift. Der Strafverfügung entspricht cum grano salis der amtsrichterliche Strafbefehl; die Prozeßordnung stellt beide als besondere Arten des Verfahrens auf eine Stufe; man wird aber doch nicht behaupten können, der Straffällige, welcher gegen den ihm zuge-

[1]) Wie stellt sich wohl Goldschmidt zu den von ihm hier offenbar übersehenen §§ 122—124 SeemO. vom 2. Juni 1902?

[2]) Bar, Gesetz und Schuld 1 3.

stellten Strafbefehl keinen Einspruch einlege, einige sich mit dem Amtsrichter über die Strafe! Die polizeiliche Strafverfügung läßt das materielle Recht, für welches *Goldschmidt* aus ihr Folgerungen ableitet, gänzlich unberührt; sie ist nichts als ein zum Vorteil für alle Beteiligten abgekürztes und vereinfachtes Verfahren; die Polizeibehörde ist nicht berechtigte Partei, so wenig wie etwa der Richter. Wäre wirklich die Justiz Inhaberin des Strafanspruchs, dann wäre der in der Hand der Justiz liegende Strafprozeß ein Selbsthilfeakt, der Staatsanwalt wäre überflüssig. In Wirklichkeit ist letzterer der gesetzliche Vertreter des strafanspruchsberechtigten Staates; in dem Streit zwischen diesem und dem in Anspruch genommenen entscheidet unabhängig die Justiz. In § 1 überträgt das deutsche GVG. den Gerichten nicht den Strafanspruch, sondern nur die Ausübung der Gerichtsbarkeit.

Im übrigen muß noch betont werden, daß das Reich die polizeiliche Strafverfügung, die für uns in erster Linie in Betracht kommt, nicht eingeführt, sondern deren Zulassung mit Rücksicht auf die preußischen Verhältnisse lediglich dem Landesrecht gestattet hat. So ist in Bayern und Hessen jene Verfahrensart gänzlich unbekannt; vom Standpunkte *Goldschmidts* aus ist auch wohl kaum zu begreifen, warum § 453 Abs. 2 StPO. die Befugnis der Polizeibehörde bezüglich der auszusprechenden Strafen so sehr beschränkt hat. Die Beteiligten sollten sich doch über jede mögliche Strafe einigen können! Es stünde auch kein begriffliches Hindernis im Wege, eine Polizeiübertretung mit Haft nicht unter 15 Tagen zu bedrohen; ein solches Delikt wäre also, obwohl etwa offenbar Polizeiübertretung, nicht dem Verwaltungsstrafrecht zuzurechnen, da es im Wege einer Polizeiverfügung nie abgewandelt werden könnte.

Endlich darf nicht vergessen werden, daß der zweite Abschnitt des sechsten Buches unserer StPO. nicht von Polizeiübertretungen, sondern lediglich von Uebertretungen handelt; es kann daher auch z. B. der Mundraub und Futterdiebstahl, die zweifellos krimineller Art sind, durch polizeiliche Strafverfügung erledigt werden.

Es muß somit daran festgehalten werden, daß das Reichsrecht, wie es einen generischen Unterschied zwischen Polizei- und Kriminalstrafrecht nicht kennt, noch viel weniger zwischen Justiz-

und Verwaltungsstrafrecht unterscheidet, daß im Gegenteil das 19. Jahrhundert mit wachsender Energie die Polizeidelikte dem generellen Deliktsbegriffe unterworfen hat.[1])

Die Erforschung des Wesens der Verwaltungsdelikte ist daher de lege lata ohne jede praktische Bedeutung.[2]) Es bedarf deshalb hier auch keines weiteren Eingehens mehr auf die Lehre *Goldschmidts,* insbesondere dessen schon von *Mayer*[3]) und *Beling*[4]) bekämpfte Antithese „Pflichtwidrigkeit — Verwaltungswidrigkeit."[5]) Wir geben zu, daß es kriminelle und polizeiliche Normen gibt, daß die letzteren in der Verwaltungstätigkeit ihren Ursprung haben, daß die Polizeidelikte daher sich auch als die „Deliktsobligationen des Verwaltungsrechtes"[6]) konstruieren lassen; damit ist aber in keiner Weise angedeutet, daß die Rechtsfolgen der Verwaltungswidrigkeit nicht strafrechtliche sein könnten.[7])

Die Uebertretung der polizeilichen, der verwaltungsrechtlichen, somit jedenfalls auch der Blankettnorm, löst also nach geltendem Recht reines Strafrecht aus.

§ 18.

Die Stellung des StGB. zum Blankostrafgesetz.

Enthält sonach das Blankostrafgesetz ungeachtet seines möglicherweise polizeilichen Kernes gewöhnliches Strafrecht und zwar Reichsstrafrecht,[8]) so kann nicht daran gezweifelt werden, daß der allgemeine Teil des StGB. auch für sämtliche Blankostrafgesetze desselben und der Reichsstrafnebengesetze Geltung zu beanspruchen hat; dies haben schon die Motive[9]) stillschweigend

---

[1]) Frank, Stud. 12.

[2]) Mayer, Rechtsnormen 113. Vgl. auch de lege ferenda Feilitsch, SächsArch. 2 1 und Hofacker, VerwArch. 15 404.

[3]) Mayer, a. a. O. 110.

[4]) Beling, Lehre 36, 131. Hiegegen — m. E. erfolglos — Goldschmidt, GoltdArch. 54 35.

[5]) Vgl. Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht 548; JKV. 12 242; Hofacker, a. a. O. 412.

[6]) Mayer, Theorie 184, 189 ff; Goldschmidt, JKV. 12 217, 237, 241.

[7]) Beling, Lehre 131 f.

[8]) Vgl. Hälschner 1 179.

[9]) M. 28; Anhang I 88.

anerkannt und auch die Literatur hat prinzipiell einen Widerspruch hiegegen nicht erhoben.[1])

Der allgemeine Teil des StGB. ist zwingendes Recht, die magna charta unseres Reichs-, nach einer zahlreich vertretenen Meinung[2]) auch des Landesstrafrechts. Mag es sich nun auch um die Uebertretung partikularer Normen handeln, die vom Reiche nur vorbehalten werden, so folgt doch aus der reichsrechtlichen Strafdrohung, daß es sich um Delikte des Reichsstrafrechts hier dreht, die nur ihre Unterlage im Landesrecht zu finden haben. Es gilt daher für sie der allgemeine Teil des StGB. und zwar, wenn nicht eine besondere Abweichung gestattet wird, unabänderlich. Kein Blankettempfänger darf z. B. Normen erlassen, die Leuten unter 12 Jahren gegenüber wirksam sein sollen oder sich an Geisteskranke richten oder eine strafrechtliche Haftung für fremde Schuld[3]) statuieren und dgl. Dagegen können natürlich die Voraussetzungen der Norm zu Gunsten der Gehorsamspflichtigen erweitert werden; es können Normen erlassen werden, die etwa wegen ihrer Ungewohntheit oder Kompliziertheit nicht mit dem zwölften Lebensjahre schon die — wenn auch nach § 56 StGB. bedingte — Strafmündigkeit zulassen wollen, sondern sich z. B. überhaupt nur an Leute über 20 Jahren wenden. Aber auch eine solche Modifikation der allgemeinen Bestimmungen des StGB. kann nur in der speziellen Blankettnorm aus besonderen Gründen erfolgen, nicht aber als generelle, für alle von einem Blankettempfänger normierten Delikte geltende Aenderung der einschlägigen Vorschriften des StGB.

Zum größten Teile stellen sich übrigens die Bestimmungen der Einleitung und des ersten Teils des StGB. als derart zwingendes Recht dar, daß eine Abänderung weder zu Gunsten noch zum Nachteil des Betroffenen und auch nicht für das einzelne Delikt eintreten darf;[4]) streitig ist in dieser Beziehung

---

[1]) Vgl. Goltdammer, Materialien 2 709; Lucas, Anleitung 150; Goldschmidt, VerwaltungsstrafR. 469, 471; Weingart, Allg. GerichtsZ. 28 161 ff., 195.

[2]) Vgl. Meyer-Allfeld 86 Note 9.

[3]) Vgl. hierüber und zum Folgenden überhaupt Goldschmidt, a. a. O. 471 ff.

[4]) Vgl. z. B. bezüglich des Irrtums Oetker, Rechtsirrtum 92.

die Natur des über das sog. internationale Strafrecht handelnden Teiles, der uns noch unten (S. 89) beschäftigen wird.

Auch § 2 EG. z. StGB. besitzt für die Blankostrafgesetze Gültigkeit und er wird da praktisch, wo der Rahmen des Blankostrafgesetzes von der Norm überschritten wird und das Landesrecht daher eine selbständige Strafdrohung aufstellen will, um der Norm den gewünschten, vom Blankostrafgesetz wegen Limitüberschreitung nicht gebotenen Strafschutz zu Teil werden zu lassen.

Die Zulässigkeit der partikularen Strafsanktion hängt davon ab, ob das StGB. die bezügliche Materie erschöpfend regeln wollte oder nicht. Es steht nun fest, daß der von den Uebertretungen handelnde Abschnitt des StGB. — dieser kommt hier fast ausschließlich in Betracht — keine Materie im Sinne des zit. § 2 darstellt;[1]) soweit also jener Abschnitt über einen bestimmten Gegenstand Vorschriften überhaupt nicht aufweist, hat das Landesrecht in der Aufstellung von Normen und Strafdrohungen vollkommen freie Hand. Aber auch soweit das StGB. bestimmte Handlungen oder Unterlassungen gebietet bezw. verbietet oder für eine bestimmte Gruppe von Zuwiderhandlungen ein Blankostrafgesetz aufstellt, können praeter legem anderweitige landesrechtliche Normen und Strafbestimmungen zur Ergänzung des 29. Abschnitts erlassen werden. So schließt z. B. § 367[9] anerkanntermaßen [2]) sonstige landesrechtliche Strafbestimmungen über das Waffentragen nicht aus, was in Art. 39 des bayrischen PStGB. förmlichen Ausdruck gefunden hat. Wo eine Materie nicht eine abschließende Regelung gefunden hat, kann auch, was *Goldschmidt*[3]) übersieht, von einem qualifizierten, auf die Straflosigkeit eines Deliktes hindeutenden Schweigen des Reichsgesetzgebers keine Rede sein. Dagegen ist für eine Tätigkeit des Landesrechts contra legem auch hier kein Platz; dasselbe darf einen in den Rahmen des von dem Blankostrafgesetze behandelten Gegenstandes fallenden Tatbestand nicht dadurch bilden, daß es ein Requisit aus dem reichsrechtlichen Blankett einfach wegläßt.[4])

---

[1]) M. Anhang I 87; RG. 20 45; 26 269; RGRspr. 4 780; Goldschmidt, a. a. O. 469.

[2]) RG., Reger, 1. Ergänzungsband 165; 25 148; PrOVG., das. 465.

[3]) Goldschmidt, a. a. O. 454.

[4]) Vgl. Reger, 2. Erg. Bd. 80.

Das Reichsrecht hat hier wenigstens eine Gruppe von Delikten autoritativ geregelt und erklärt, daß nur eine die sämtlichen Merkmale des Blankostrafgesetzes an sich tragende Handlung oder Unterlassung unter Strafe genommen werden dürfe.[1])

Will aber das StGB. nur[2]) „diejenigen Vorschriften aufstellen, die im wesentlichen überall gleichmäßig anwendbar sein werden, das Besondere dagegen der partikularen Gesetzgebung ... überlassen," so wird im speziellen Interesse eines Bezirks, aus lokalen Bedürfnissen eine vom Blankostrafgesetz abweichende Normierung unter Strafandrohung in jedem Falle erfolgen dürfen;[3]) nur die Uebertretung als solche darf nicht generell abweichend gestaltet werden.

§ 19.
Zeitliche Geltung.

Das Blankostrafgesetz als solches tritt wie das normale in Kraft ohne Rücksicht auf das Vorhandensein der Blankettnorm; insbesondere gilt auch hier der die Rückwirkung ausschließende § 2 StGB.[4])

Sofern das Blankostrafgesetz zugleich die Ermächtigung zum Erlaß der Blankettnorm enthält, ergibt sich, daß die zur Normierung notwendige Zuständigkeit erst mit dem Inkrafttreten des Blankostrafgesetzes rechtswirksam wird. Es ist zwar richtig, wenn *Laband*[5]) ausführt, das Blankostrafgesetz erlange formelle Gesetzeskraft sogleich mit der Publikation; mangels gegenteiliger ausdrücklicher Bestimmung erhält das Blankostrafgesetz seine zwar durch die Verkündung von Reichswegen ins Werk gesetzte verbindliche Kraft jedoch erst mit dem vierzehnten Tage nach Ausgabe des betreffenden Stückes des Reichsgesetzblattes in Berlin (Art. 2 Satz 2 und 3 der RV.), mit diesem Zeitpunkte ist erst

---

[1]) Bar, a. a. O. 44; vgl. z. B. wegen § 366[1]: PrOTr., GoltdArch. 23 553.

[2]) M. a. a. O. 87.

[3]) ROHG., Entsch. 19 347 f.; RGRspr. 4 780; Bar, a. a. O.

[4]) Daher wird man die Vorschrift in § 1 des am 26. Juli 1881 verkündeten G. vom 17. Juli 1881, welches ab 1. Juli 1881 wirksam sein will, nicht als rechtswirksam erachten können. Gl. A. Laband, Staatsrecht 2 77 Note 3; dagegen Binding, HB. 1 249 mit nicht zureichender Begründung.

[5]) Laband, a. a. O. 2 65 Note 2.

die gesetzliche Ermächtigung gegeben. Laband [1]) meint, die schon vor Inkrafttreten des Gesetzes erlassene Blankettnorm werde durch die formelle Gesetzeskraft des ermächtigenden Gesetzes selbst formell rechtsgültig. Das kann nicht richtig sein; vor seinem Inkrafttreten ist das Blankostrafgesetz nicht im Stande, eine Zuständigkeit zu begründen, und die so erlassene Blankettnorm ist rechtsungültig und kann auch durch das nachträgliche Inkrafttreten des ermächtigenden Gesetzes nicht ex tunc Konvaleszenz erlangen. Es wird jedoch die praktisch vielfach nötige Erlassung der Norm vor Inkrafttreten des Strafgesetzes, damit dieses sogleich auch die erforderlichen Grundlagen erhalte, darin seine Rechtfertigung finden, dass mit dem Inslebentreten des ermächtigenden Gesetzes auch die vorher rechtsunwirksame Norm ex nunc Gültigkeit und Wirksamkeit erhält.

Erst von da ab wird das bereits in Kraft getretene Blankostrafgesetz auch tatsächlich wirksam und anwendbar; findet dasselbe bereits rechtsgültig erlassene Blankettnormen vor, so fällt der Zeitpunkt des Geltungsbeginnes und das Wirksamwerden zusammen, sofern die Norm selbst bereits nicht nur erlassen, sondern selbst nach den jeweils einschlägigen Bestimmungen in Kraft getreten ist. [2]) Bis dahin sucht das Strafgesetz „wie ein irrender Körper seine Seele“ [3]), sodaß recht eigentlich die Willkür des zur Normierung berechtigten Organs die Funktion des Blankostrafgesetzes erst ins Leben ruft.

Daß dasselbe nicht nur schon bestehende, sondern auch erst künftig ergehende Normen poenalisiert, erscheint heute so selbstverständlich, daß z. B. die ausdrückliche Vorschrift in § 9 Abs. 2 des SprengstG. vollkommen überflüssig ist. Als jedoch das Blankostrafgesetz bei uns Eingang fand, war jener Satz keineswegs Gemeingut; so sprach sich einmal ein preußischer Polizeirichter dahin aus, es sei „völlig undenkbar, daß der Gesetzgeber

---

[1]) Laband, a. a. O. 65. Dyroff, a. a. O. 66, hält Labands Gründe für nicht zutreffend und stützt seine im Ergebnisse aber mit Laband übereinstimmende Ansicht darauf, daß keine Ermächtigung, sondern nur eine Bezugnahme vorliege; aber auch hiegegen ist einzuwenden, daß die Bezugnahme erst beim Inkrafttreten des Gesetzes rechtswirksame Willenserklärung wird.

[2]) Binding, HB. 1 228.

[3]) Binding, Normen 1 161.

im Voraus auf die Uebertretung noch unbekannter Polizeiverbote Strafe gesetzt haben sollte.“ [1])

Vor Inkrafttreten der Blankettnorm ist die im speziellen Blankostrafgesetz vorgesehene Tat — das generelle bezeichnet eine solche gar nicht — nicht strafbar, ja nicht einmal verboten, da ja gerade diese Wirkung erst durch die Norm geschaffen werden soll.[2]) Damit steht auch § 2 Abs. 1 StGB. im Einklang; denn wenn jemand eine Handlung vornimmt zu einer Zeit, wo zwar das betreffende Blankostrafgesetz bereits besteht, eine die Handlung ge- oder verbietende Norm aber noch nicht erlassen ist, so steht damit fest, daß bei Begehung der Handlung für dieselbe eine Strafe noch nicht gesetzlich bestimmt war. [3]) Nur in diesem Sinne kann aber § 2 Abs. 1 a. a. O. aufgefaßt werden; so ausgelegt ist er aber auch für das Blankostrafgesetz ausnahmslos anwendbar. [4])

Ist aber jedes Verbrechen strafbare Normwidrigkeit, so kann nach allgemeinen Grundsätzen und in Uebereinstimmung mit § 2 StGB. nur dann gestraft werden, wenn die betreffende Handlung bei ihrer Vornahme verboten und strafbar war. Erst durch die Erlassung der Norm erfolgt das Verbot, uno actu aber auch gleich die im Blankostrafgesetz hypothetisch gegebene Strafsanktion. Maßgebend ist also nicht lediglich, wie im § 2 StGB. anscheinend bestimmt ist, die Strafdrohung, sondern Ge- oder Verbot und Strafdrohung. [5])

Das Blankostrafgesetz tritt nach den allgemeinen Regeln außer Kraft infolge Zeitablaufs bei zeitlich begrenzter Wirksamkeit oder infolge gesetzlicher Aufhebung; dagegen kann dasselbe nicht dadurch sein Ende erreichen, daß die zur Normierung befugte Gewalt bindend erklärt, die vorgesehenen Blankettnormen nicht erlassen zu wollen. [6]) Durch eine solche Erklärung würde keineswegs die Geltung des Strafgesetzes aufgehoben; denn selbst

---

[1]) GoltdArch. 2 815.

[2]) Oetker, GS. 64 148.

[3]) Vgl. Beseler 573.

[4]) Finger 1 111 will den § 2 StGB. überhaupt nicht auf Blankostrafgesetze beziehen; zu einer solchen Ausnahme liegt aber kein Grund vor.

[5]) Vgl. Schmid 199; PrOTr., GoltdArch. 21 458. Deutlicher als § 2 a. a. O. war hier Art. 2 des bayer. PStGB. vom Jahre 1861.

[6]) So Räuber 13 f.

wenn sich dasselbe unmöglich mehr verwirklichen kann, ist damit noch nicht sein Ende erreicht. Im übrigen läßt sich eine derartige bindende Erklärung nicht denken, weil ein etwaiger bezüglicher Ausspruch des Blankettempfängers von diesem jederzeit widerrufen werden könnte, sodaß die „inhaltsleere Scheinexistenz" des Gesetzes doch nur eine prekäre wäre.

Die Blankettnorm kann, wie ihre Schöpfung im Belieben des Berechtigten liegt, von diesem jederzeit abgeändert oder aufgehoben werden, „sodaß die Norm während der Dauer des Strafgesetzes sich vollständig umwandeln kann und daß somit nach demselben Strafgesetz morgen ein Verbrechen ist, was gestern ein Gebot war und morgen ein Gebot, was gestern Gefängnis bis zu zwei Jahren kostete." [1]) Nur durch eine ausdrückliche Bestimmung könnte der Gesetzgeber die Aenderung oder Aufhebung der einmal erlassenen Norm für unstatthaft erklären oder sich oder einem Anderen als dem normierenden Organ vorbehalten.[2])

Auch bei der Blankettnorm ist regelmäßig ein stillschweigendes Erlöschen, etwa infolge langjähriger Nichtanwendung, [3]) ausgeschlossen; nur in ganz eigenartigen Ausnahmefällen läßt sich ein solches Außerkrafttreten annehmen, wie z. B. die bei Erklärung des Belagerungszustandes oder während desselben vom militärischen Befehlshaber im Interesse der öffentlichen Sicherheit erlassenen Normen mit dem Belagerungszustand stillschweigend ihr Ende finden. [4])

Es ist ferner klar, daß eine Verordnung des Bundesrats nicht schon damit außer Kraft gesetzt ist, daß der Reichstag, dem sie nach der gesetzlichen Vorschrift im Einzelfalle vorgelegt wurde, ihre Aufhebung verlangt. [5])

Endlich ist hier die Anwendung des § 2 Abs. 2 StGB., der natürlich auch für das Blankostrafgesetz gilt, [6]) zu prüfen.

Wird das Blankostrafgesetz selbst geändert, so unterliegt die Anwendung des mildesten Gesetzes keinem Bedenken; bestritten

---

[1]) Binding, a. a. O.
[2]) Löning, Verwaltungsrecht 230 f.
[3]) OLG. Hamburg, Entsch. 1 501.
[4]) Stenglein, Nebengesetze 458.
[5]) Stenglein, daselbst 343.
[6]) Bar, Gesetz und Schuld 1 76 f.

ist dagegen, ob die zitierte Vorschrift auch bei Aenderung der Blankettnorm heranzuziehen ist. Die herrschende Meinung[1]) versteht unter „Gesetz" in jener Bestimmung ein „Strafgesetz" und verneint daher die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 2 a. a. O. bei Aenderung der als Strafgesetz nicht zu erachtenden Blankettnorm.

Selbst wenn wir zugeben, daß § 2 Abs. 2 StGB. nur an Aenderungen des Strafgesetzes denkt, kann die herrschende Ansicht nicht gebilligt werden. Das StGB. kennt keinen Unterschied zwischen Norm und Strafsatzung, es spricht lediglich von dem normalerweise jene beiden Elemente aufzeigenden Strafgesetze. Es ist nun anerkannt, daß § 2 Abs. 2 a. a. O. anzuwenden ist, nicht nur, wenn die Strafdrohung, sondern auch, wenn die Norm eine Milderung erfahren hat; in beiden Fällen ist das Strafgesetz als Ganzes milder geworden. Es läßt sich nun nicht ersehen, warum dann, wenn die Norm aus meist äußerlichen oder rechtspolitischen Gründen nicht im Strafgesetze, sondern selbständig zum Ausdruck gelangt ist, deren Milderung nicht berücksichtigt werden sollte. Nachdem der Gesetzgeber nirgends verlangt hat, daß die Norm im Strafgesetz selbst zum Vorschein komme, muß auch in dieser Hinsicht das Blankostrafgesetz vollständig dem normalen gleichgestellt werden. Die gegenteilige, an Aeußerlichkeiten haftende,[2]) formalistische Meinung behauptet unrichtigerweise, bei Milderung der Blankettnorm bleibe das Strafgesetz unverändert und es ändere sich nur die rechtliche Voraussetzung desselben. Mit jeder Aenderung der Blankettnorm wechselt auch das Strafgesetz seinen Inhalt, sowie sich bei jeder Veränderung eines Summanden die Summe ändert.

Es trifft aber auf unseren Fall auch die ratio legis des § 2 Abs. 2 StGB. vollkommen zu; sobald eine Handlung, die bisher für strafbar gehalten wurde, überhaupt nicht mehr, oder nur geringer strafbar erscheint, wäre es unrecht, die hieraus fließende Wohltat nicht unverzüglich und allgemein eintreten zu lassen.[3])

---

[1]) So: PrOTr., GoltdArch. 20 80; 22 494; RGRspr. 3 17; RG. 16 172; 31 227; BayObLG. 1 290; OLGMünchenSt. 6 395, 451; Olshausen 1 48; Goehrs 26; Löbe 32 f.

[2]) So urteilt Kohlrausch, ZStW. 23 61 Note 17, über das RG.

[3]) PrOTr., GoltdArch. 18 280.

In unserem Falle ändert zwar nicht der Gesetzgeber selbst seine Ueberzeugung von der Strafbarkeit, denn er bildet sich ja gar keine genaue Ansicht darüber, welche Handlungen überhaupt unter das Strafgesetz fallen. Hiefür ist allein das Ermessen des normierenden Organs maßgebend; dessen Ueberzeugung bildet die Grundlage für den Inhalt der Blankettnorm.

Vom Falle der Aenderung der Norm selbst ist wohl zu unterscheiden derjenige, daß anderweitige rechtliche Bestimmungen, die für Anwendung und Auslegung des Strafgesetzes von Einfluß sind, eine Aenderung erfahren. Wenn z. B. die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über das Vermieterpfandrecht sich ändern und damit tatsächlich eine Modifikation des § 289 StGB. eintritt, so hat § 2 a. a. O. außer Betracht zu bleiben, da Strafdrohung und Norm hier unverändert geblieben sind, also nur eine mittelbare Aenderung des Strafgesetzes vorliegt.[1])

Die von uns vertretene Ansicht wird geteilt von *Kohlrausch*[2]), dessen Unterscheidung zwischen einer Aenderung des strafrechtlich geschützten Objektes und des Strafschutzes ich jedoch weder für erforderlich noch für genügend[3]) erachte.

Das RG. hat seine Ansicht nicht konsequent durchzuführen vermocht; es hat z. B. anerkannt[4]), daß die Aenderung der Vorschriften des HGB. über die Führung der Handelsbücher für die §§ 239 ff. der KO. beachtlich sei im Sinne des § 2 StGB., weil jene Vorschriften zum Tatbestand der in Frage stehenden Konkursvergehen gehörten! Als ob dies bei der Blankettnorm, die überhaupt erst den Tatbestand liefert, nicht erst recht der Fall wäre!

Es kann der Anwendung des § 2 Abs. 2 StGB. auch nicht entgegengehalten werden, wie dies *Bar*[5]) tut, daß der Inhalt der Blankettnorm von vornherein als ein nach Zeit und Umständen wechselnder aufzufassen sei, weshalb dessen Aenderung als eine

---

[1]) PrOTr., GoltdArch. 23 425; RG. 27 99 f.; OLG. Jena, GoltdArch. 38 361 Note 1; Goehrs 33, 35.

[2]) Kohlrausch, a. a. O. 50 ff., vielleicht in Anlehnung an RGRspr. 3 17 f; ebenso Frank, StGB. 5-7 26.

[3]) So auch Finger 1 145; Meyer-Allfeld 97 Note 26. Im Gegensatz zu Letzterem nehme ich auch bei Aenderung der Blankettnorm unmittelbare Aenderung des Strafgesetzes an.

[4]) RG. 33 186; 34 87.

[5]) Bar, GoltdArch. 19 81.

nur faktische nicht in Betracht komme. Ein solcher Grundsatz ist dem geltenden Rechte durchaus fremd und im übrigen handelt es sich in den hieher gehörigen Fällen um wirkliche Aenderungen von Rechtsnormen.

Ob diese Normen generell oder nur für spezielle Fälle ergehen, erscheint gleichgültig; es ist daher auch nicht zutreffend, wenn *Bar* die Freigabe eines bisher gesperrten und verbotenen Weges als rein faktische Veränderung erachtet. Es kommt darauf an, ob die der Strafsatzung zu Grunde zu legende Norm etwa lautet: „Das Betreten gesperrter Wege ist verboten" oder „Das Betreten des X-Weges ist verboten." Im ersteren Falle stellt sich die Absperrung und Freigabe eines Weges nur als faktische Maßregel dar, welche die Norm selbst unberührt läßt, sodaß § 2 Abs. 2 StGB. nicht anwendbar ist, während er im letzteren Falle zutrifft.

Doch ist hier noch zu bedenken, daß auch da, wo Normen nur für eine bestimmte Zeit oder für die Dauer bestimmter Verhältnisse erlassen werden und nach deren Ablauf bezw. Wegfall außer Kraft treten, das normierende Organ nicht zu einer anderen grundsätzlichen Auffassung bezüglich der Strafwürdigkeit einer Handlung gelangt und daher die Anwendung des § 2 Abs. 2 StGB. hier abzulehnen ist; hier würde die Straflosigkeit des erst nach Erlöschen der Norm Abzuurteilenden lediglich eine Prämie dafür sein, daß derselbe sich bis dahin der Strafjustiz zu entziehen wußte.[1])

Es kann daher nur auf Grund der Prüfung nach vorliegenden Gesichtspunkten die Anwendbarkeit des § 2 Abs. 2 StGB. im einzelnen Falle entschieden werden.[2]) Dabei hat in Zweifelsfällen der Auslegungsgrundsatz in dubio benignius (pro reo) Platz zu greifen.[3])

Der Vollständigkeit halber sei hier noch erwähnt, daß neuestens *Bar*[4]) den § 2 Abs. 2 beim Blankostrafgesetz deshalb

[1]) Binding, HB 1 259; vgl. RG. 21 296 f.; 32 110.

[2]) Im allgemeinen übereinstimmend: PrOTr., GoltdArch. 24 622; PrOAG., GoltdArch. 20 503 f.; BayOG., Samml. 4 191; BayObLG. 1 219; RG. 32 112. Vgl. zum Ganzen: Otto 14; Binding, a. a. O. 260, und Normen 1 187; Lucas, Anleitung 30 f.; Oetker, GoltdArch. 48 327.

[3]) Meyer, GS. 33 111.

[4]) Bar, Gesetz und Schuld 1 77 f.

ausschließt, weil sich hier beim Aendern der Blankettnorm die Norm gar nicht ändere; denn dieselbe erschöpfe sich nach wie vor im Ungehorsam gegen das Gebot oder Verbot des Blankettempfängers. Diese Auffassung, welche das Wesen des Blankostrafgesetzes durchaus verkennt, ist bereits oben (S. 21) zurückgewiesen worden.

§ 20.
Oertliche Geltung.

Das Blankostrafgesetz gilt einheitlich für das Reichsgebiet. der Wirkungskreis der Blankettnorm ist dagegen verschieden. Er kann sich auch auf das ganze Reich erstrecken, so bei den Verordnungen des Kaisers und den Vorschriften des Bundesrats, wo es sich eben materiell um Reichsnormen handelt. Anderseits wandelt sich der Geltungsbereich der Blankettnorm nach abwärts von Bundesstaaten, Provinzen, Kreisen bis zu Gemeinden, Ortschaften u. s. f., je nach dem normierenden Organ, welches über das ihm zugewiesene, geographisch abgegrenzte Gebiet hinaus, soweit nicht das internationale Strafrecht Ausnahmen vorsieht, verpflichtende Vorschriften nicht erlassen kann. So zerstückelt sich unter dem Scheine der Rechtseinheit vielfach das Reichsgebiet in ungezählte, den verschiedensten Blankettnormen unterliegende Teile.

Hiebei wird häufig die Frage praktisch, wie es bei Vereinigung mehrerer solcher Gebiete, insbesondere der Eingemeindung von Ortschaften und dgl. zu halten sei, ob mit der Vereinigung die Normen des Hauptgebietes sich von selbst auf das neu hinzugekommene erstrecken oder nicht. Ein lebhafter Kampf hat sich hierüber zwischen dem PrOVG. und dem KG. entsponnen und eine Einigung ist zwischen den beiden Gerichtshöfen heute noch nicht erfolgt. Das OVG.[1]) hält es für berechtigt und geboten, daß der Geltungsbereich von Polizeiverordnungen nicht lediglich auf das bei deren Erlaß bestehende Gebiet beschränkt, sondern durch den jeweiligen Gebietsbestand begrenzt sein soll; eine Ausnahme bestehe nur dann, wenn die Polizeiverordnung für einzelne Teile ein Sonderrecht einführe oder besonders geartete Verhältnisse regle.

[1]) PrOVG., Entsch. 6 218; 37 411; PrVerwBl. 12 305; DJZ. 12 52; ebenso Genzmer 70 Note 1 und zit.; Stier-Somlo, Recht 11 527, 589.

Dem kann nicht beigepflichtet werden; es ist ein allgemeiner und auch im deutschen Staatsrechte anerkannter Grundsatz[1]), daß eine Norm nur da Geltung haben kann, wo sie wirksam publiziert worden ist. Das OLG. Dresden[2]) hält eine Publikation für das neu einverleibte Gebiet deshalb für nicht geboten, weil es an einem greifbaren Subjekte fehle, an welches die wiederholte Veröffentlichung zu richten wäre. Diese Auffassung erscheint verfehlt; allerdings wird nicht gegenüber dem neu aufgenommenen Gebiete allein publiziert, sondern die Verkündung geschieht für das ganze, erweiterte und damit implicite auch für das neue Gebiet. Durch die Vereinigung erlöschen auch die in dem einverleibten Gebiete gültigen Normen nicht von selbst, die beiden Rechtsgebiete bleiben völlig getrennt, wenn nicht die dem einen Gebiete angehörenden Normen ausdrücklich aufgehoben werden.[3]) Würden sich die Vorschriften des einen Rechtsgebietes ipso iure mit der Vereinigung auf das neu hinzutretende erstrecken, so würde sich da, wo zwei gleichwertige Gebiete zu einem neuen Ganzen, etwa zwei Marktgemeinden zu einer Stadt, verbunden werden, die Schwierigkeit ergeben, welches Recht bestehen und welches erlöschen soll.

Die Verkündung muß dem ganzen Inhalt nach erfolgen; es genügt nicht, die Vorschriften nach Datum und Betreff bekannt zu machen, die Texte selbst aber nur bei einer Behörde zur Einsicht aufzulegen.[4])

Interessante Seiten bietet hinsichtlich der Blankostrafgesetze das internationale Strafrecht; hier führt *Rohland*[5]) treffend aus: „Während die Norm sich an die Untertanen richtet, wendet sich das Strafgesetz an den Staat und legt diesem die Pflicht der Anwendung desselben durch seine Organe, die Richter, auf. Normen können daher überall wirksam werden, wo sich die Personen, an die sie sich richten, aufhalten, Strafgesetze dagegen

---

[1]) Vgl. KG., GoltdArch. 51 61 und Reger 25 373, DJZ. 12 414; RGZ. 28 304; 48 275; BayObLG. 1 37; 5 208; OLG. München, GoltdArch. 40 212; BayVGH. 24 561; Brater, BlAdmPr. 1 94; Gerland 76; Köhne 152 f.

[2]) OLG. Dresden, GoltdArch. 40 211 f.

[3]) A. A. Stephan, VerwArch. 11 330 ff.

[4]) So Karner, BlAdmPr. 57 209 in Anlehnung an BayVGH. 24 565.

[5]) Rohland, Internationales Strafrecht 66.

nur dort, wo sich zur Handhabung der Strafrechtspflege bestellte Organe des Staates befinden, also regelmäßig im Inlande."

Zunächst nun gelten auch für die Blankostrafgesetze die §§ 3—8 des StGB., dahin geht auch die communis opinio.[1]) Bei § 145 StGB. wollen jedoch *Rubo*[2]) und *Binding*[3]) die Anwendung des § 4 Abs. 1 a. a. O. ausschließen. Diese Auffassung findet aber im Gesetze keine Grundlage; auch aus dem Wortlaut der kaiserlichen Bek. vom 9. Mai 1897 kann, wie *Binding* meint, diese Ansicht nicht begründet werden. Denn wenn auch jene Verordnung für alle Fahrzeuge auf See und auf den mit der See im Zusammenhang stehenden, von Seeschiffen befahrenen Gewässern gelten soll, so ist doch damit keine Bestimmung über das internationale Anwendungsgebiet derselben gegeben; im übrigen wäre dadurch auch nur für einen speziellen Fall eine Ausnahme von § 4 StGB. und nicht eine für § 145 StGB. allgemein gültige Regel geschaffen.[4])

Deutet nun zwar § 4 StGB. selbst an, daß das von ihm aufgestellte Prinzip nur „in der Regel" gelten solle, so trägt anderseits § 6 a. a. O. den Charakter einer zwingenden Vorschrift, sodaß ohne besondere gesetzliche Bestimmungen und beim Mangel der in § 6 bezeichneten Gesetze und Verträge eine Bestrafung wegen im Ausland begangener Uebertretungen durch die Blankettnorm nicht angeordnet werden darf. Die besonderen Gesetze und Verträge haben jetzt einzig und allein vom Reiche auszugehen, da dieselben sich als Ausführung des § 6 a. a. O. darstellen, welche Tätigkeit dem Reiche selbst zusteht;[5]) daß „Gesetz" hier im formellen Sinne gebraucht worden ist, erscheint nach der Sachlage und der Terminologie des StGB. unzweifelhaft. Nur wird man mit *Köhler*[6]) annehmen dürfen, daß ältere Verträge der Einzelstaaten mit dem Reichsausland, auch soweit sie die Bestrafung von Uebertretungen betreffen, die nunmehr reichsrechtlich geregelt sind, in Kraft geblieben sind; denn § 6 StGB.

[1]) Vgl. OLG. Hamburg, Entsch. 1 416; Köhler, SeuffBl. 68 76.

[2]) Rubo 646.

[3]) Binding, HB. 1 434; Lehrb. 2 59 N. 1; vgl. dgg. Olshausen 1 556; Frank, StGB. 5-7 250.

[4]) Eine generelle Ausnahmevorschrift findet sich in § 48 Abs. 3 des G. vom 9. Juni 1897 (RGBl. 463).

[5]) Olshausen 1 72.

[6]) Köhler, a. a. O. 95.

hat die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Einzelstaaten jedenfalls nicht beeinträchtigen wollen.

Auf partikulare Normen paßt allerdings die in § 8 StGB. aufgestellte Definition des Auslandes als jedes nicht zum deutschen Reiche gehörigen Gebietes nicht; sie will auch für sie gar nicht gelten, sondern nur für das StGB. und die Reichsstrafnebengesetze, während für die partikulare Norm auch der partikulare Begriff des In- und Auslandes maßgebend ist.[1]) Es ist daher der von *Köhler* bezüglich der Verträge mit dem Reichsausland aufgestellte Satz über deren Fortbestand auszudehnen auf die hinsichtlich von Blankettnormen bestehenden Verträge von Bundesstaaten untereinander.

Der in § 3 StGB. festgelegte Grundsatz des Territorialitätsprinzips hat auch für die partikularen Blankettnormen Geltung; unterworfen sind denselben aber nur die dem jeweiligen Gebiet persönlich oder räumlich Angehörenden oder in demselben ohne eine solche Verbindung mit ihm Handelnden.[2])

Wenn z. B. ein bayerisches Gesetz vorschreiben würde: „Pfandleiher dürfen bei Ausübung ihres Gewerbes einen Zinsfuß von 12 Prozent nicht überschreiten", so könnte zwar ein Württemberger, der in Stuttgart ein Pfandleihgewerbe betreibt und seinen Geschäftsbetrieb auf Bayern ausdehnt, wegen einer in Bayern schriftlich verübten Zuwiderhandlung gegen jene Norm nach § 360 Ziffer 12 StGB. bestraft werden, nicht aber ein Bayer, der in Preußen das fragliche Gewerbe ausübt und dort zu hohe Zinsen nimmt; denn die auch im innerdeutschen Auslande begangenen Uebertretungen sind straflos.[3])

Würde im letzteren Falle auch in Preußen ein gleiches Gesetz existieren, so könnte jener Bayer, wenn er etwa in Bayern aufgegriffen würde, hier doch nicht wegen jener Uebertretung verurteilt werden; denn ein Delikt nach bayerischem Recht liegt nicht vor und auf Grund der preußischen Norm kann der bayerische Strafrichter kein Urteil fällen.[4])

---

[1]) Harburger, Inland 97; Oppenhoff 49 und zit.; Autenrieth, DJZ. 12 1369.

[2]) z. B. durch Briefe.

[3]) Vgl. Hälschner, Strafrecht 1 179 ff.; Finger 1 164 Note 196.

[4]) Bar, Gesetz und Schuld 1 57; Harburger, a. a. O. 93 f., der sich mit Recht gegen den de lege ferenda von Groß, GS. 21 262, gemachten gegenteiligen Vorschlag wendet; vgl. auch Stenglein, GS. 43 284.

Die Entscheidung ändert sich jedoch, sobald es sich um ein Vergehen, nicht um eine Uebertretung handelt. Der Bayer, der in Baden einer mit Vergehensstrafe ausgestatteten bayerischen Norm zuwiderhandelt, kann hiewegen allerdings in Bayern dann nicht bestraft werden, wenn es an einer entsprechenden badischen Blankettnorm fehlt; denn nach § 4 Abs. 3 StGB. muß die fragliche Handlung durch die Gesetze des Begehungsortes, das ist hier badisches Recht, mit Strafe bedroht sein. Dazu wird sie aber erst durch die jeweilige Blankettnorm, die Strafdrohung des Reiches ist nur eine eventuelle. Ist jedoch auch in Baden durch eine Blankettnorm die fragliche Handlung ge- oder verboten, so kann nach § 4 Abs. 2 Ziffer 3 StGB. auch in Bayern bestraft werden und zwar ergeht das Urteil nach bayerischem Rechte.

So führt die entsprechende Anwendung der einschlägigen Vorschriften des StGB. auch hier zu durchwegs annehmbaren Ergebnissen; wir müssen aber noch weiter gehen. Nicht nur die einzelnen Bundesstaaten kommen bei den Blankostrafgesetzen des Reichs als verschiedene Rechtsgebiete in Betracht, sondern die Zersplitterung geht herab bis zu den kleinsten Teilen; hier ist die Anwendbarkeit und Verbindlichkeit der Norm unbedingt auf das Gebiet beschränkt, für welches sie erlassen ist. Von einer Heranziehung des Personalitätsprinzips kann da keine Rede sein, weil es für das Strafrecht keine Angehörigen oder Untertanen von Provinzen, Kreisen, Städten außerhalb derselben gibt, vielmehr die Zugehörigkeit zu denselben notwendig von der räumlichen Anwesenheit, die Wirksamkeit der Norm von jener oder doch davon abhängt, daß die Handlung dortselbst begangen wird.[1])

Dagegen bildet für den Strafrichter auch die für irgend einen anderen Teil seines Bundesstaats erlassene Norm einheimisches, inländisches Recht, zu dessen Anwendung er berechtigt und verpflichtet ist; denn auch dieses ist zu Stande gekommen auf Grund einer Ermächtigung, sei es einer direkten oder einer indirekten, des Staates, in dessen Namen der Richter urteilt.[2]) Dieses Recht,

---

[1]) Vgl. Berner, Wirkungskreis 134.

[2]) Seyferth 22. Vgl. zum Ganzen auch Heinze, Festgabe 368.

mag es auch im Gerichtsbezirke keine unmittelbare Geltung besitzen, hat der Richter von sich aus zu kennen.

Endlich haben wir dem prozeßrechtlichen Teil den Satz vorwegzunehmen, daß jedes deutsche Gericht jedem anderen deutschen Gericht zur Rechtshilfe schon dann verpflichtet ist, wenn im Gebiete des ersuchenden Gerichts die Handlung, für welche Rechtshilfe begehrt wird, strafbar ist, ohne Rücksicht darauf, ob dies auch für das ersuchte Gericht zutrifft. Auf das Bedenkliche dieses Zustandes hat schon *Köhler*[1]) hingewiesen, allein das geltende Recht gelangt auf Grund der §§ 157 ff. des GVG. zu diesem Resultat.[2])

§ 21.

Vorsatz und Fahrlässigkeit. Verschulden.

In der Praxis handelt es sich bei den Blankostrafgesetzen fast durchwegs um Polizeidelikte; aus dieser Eigenschaft wird vielfach die Folgerung hergeleitet, daß zur Bestrafung ein Verschulden nicht nötig sei, weil beim Polizeidelikt der einfache Tatbestand, die Tat in ihrer äußeren Erscheinung,[3]) zur Bestrafung genüge. Eine Begründung dieser Behauptung, die nach *Binding*[4]) in den leges barbarorum Verwunderung erregen würde und unserem heutigen Kulturzustand widerspricht,[5]) ist kaum irgendwo versucht, geschweige denn erbracht worden; meistens begegnet man dem Hinweis auf das „polizeiliche Gebiet der Prävention".

Jene der französischen Jurisprudenz des beginnenden 19. Jahrhunderts entlehnte,[6]) von dieser aber auch nicht strikte durchgeführte[7]) Auffassung ist in der Literatur glücklich heute fast ganz überwunden.[8])

---

[1]) Köhler, a. a. O. 97.

[2]) Lodemann, GS. 29 143 ff.; OLG. Hamburg, Entsch. 1 616. A. A. LG. Hamburg, DJZ. 10 732.

[3]) Beseler 577; Goltdammer 1 240; 2 710.

[4]) Binding, Entwurf 49.

[5]) M. E. Mayer, Schuldhafte Handlung 1.

[6]) ROHG., Entsch. 7 142; Hälschner, GS. 17 332 und zit.; O. Mayer, Theorie 185.

[7]) Vgl. Pariser Kassationshof, Z. f. G. und R. 9 69 Note *).

[8]) Ausnahmen: Meves 301; Lucas, Verschuldung 124; Stenglein, Nebengesetze 817, 931, 1151; Prien 216.

Leider nicht so in der Praxis, die sich vielfach von jenem alten Vorurteil noch nicht freizumachen versteht. Solch unrichtigen Entscheidungen[1]) steht allerdings eine weit größere Zahl derjenigen gegenüber, die den Nachweis eines Verschuldens als Voraussetzung jeglicher Bestrafung auch bei polizeilichem Unrecht für notwendig erachten. Hieran ist durchaus festzuhalten, soweit nicht Spezialgesetze in nicht zu billigender Weise[2]) hievon ausdrücklich eine Ausnahme statuieren. „Keine Strafe ohne Schuld" muß stets der oberste Grundsatz des Strafrechts bleiben und „die Annahme, daß ein materielles Strafrecht mit vollem Bewußtsein an schuldlose Tatbestände eine Strafdrohung knüpfen könnte, enthält den schlimmsten Vorwurf, der je der modernen Strafgesetzgebung gemacht worden ist."[3]) Insbesondere fehlt jeder Grund, die Polizeidelikte hier anders zu behandeln als die nach dem geltenden Recht weder generisch noch qualitativ von ihnen verschiedenen kriminellen.

Daß unser positives Recht auf dem hier vertretenen Standpunkte steht, zeigt sich auch schon äußerlich an verschiedenen Stellen; so spricht § 369[2] StGB. von „schuldig machen," die Strafprozeßordnung in §§ 262, 293 von der „Schuldfrage."

Auch die Auffassung von der „Deliktsobligation des Verwaltungsrechts" kann zu keinem anderen Resultat führen; denn will sie eine Analogie des Polizeistrafrechts mit den zivilrechtlichen Deliktsobligationen konstruieren, so muß sie sich auch daran erinnern, daß grundsätzlich das moderne bürgerliche Recht eine deliktische Haftung ohne Verschulden nicht kennt. Die wenigen Ausnahmen von diesem Prinzipe im BGB.[4]) sind nur aus dem Gesichtspunkte entstanden, daß billigerweise dem Verletzten nach Möglichkeit geholfen werden müsse. Eine solche Rücksicht besteht aber im Gebiete des Strafrechts höchstens bei Finanzdelikten.

---

[1]) Z. B. PrOTr., GoltdArch. 3 825 und Strafrechtszeitung 10 327; BayOG., Samml. 3 109; RG., JW. 24 101; BayObLG. 1 153; OLGMünchenSt. 7 411; OLG. Hamburg, Entsch. 1 130, 316, 383, 588.

[2]) Birkmeyer, GoltdArch. 48 75 f. Vgl. die einschlägigen Bestimmungen bei Meyer-Allfeld 136 f.

[3]) Binding, Normen 2 616.

[4]) Vgl. §§ 829, 833, 835.

Erfordert sonach jedes — auch polizeiliche — Delikt ein Verschulden, so ist nunmehr festzustellen, daß dasselbe nur in Vorsatz oder Fahrlässigkeit bestehen kann; mit dem Wegfall dieser entfällt jede Form, unter welcher die Zurechnung noch auf den Willen bezogen werden könnte.[1]) Die gegenteilige Meinung sagt: „Wollte man überhaupt nur zwei Arten der Verschuldung anerkennen, nämlich Vorsatz oder Fahrlässigkeit, und somit zu der Forderung gelangen, daß die vom StGB. als Uebertretungen bezeichneten Delikte nur dann strafbar seien, wenn sie vorsätzlich oder mindestens fahrlässig begangen worden, so würde man in vielen Fällen zu geradezu unannehmbaren (!) Konsequenzen gelangen. Abgesehen davon, daß vielfach der Beweis insbesondere bei den sogenannten Blankettvorschriften erheblichen Schwierigkeiten begegnen würde, erscheint es auch unzulässig, bei reinen Präventivvorschriften die Strafbarkeit der Zuwiderhandlung von dem Intellekt des Täters abhängig zu machen. Der Zweck der Vorschriften wäre verfehlt."[2])

Wenn nun auch die polizeiliche Norm vorbeugend wirken soll, so kann doch daraus nicht gefolgert werden, daß deren kasuelle Uebertretung strafbar sein solle, und ebensowenig darf aus dem Grunde, weil manchmal der Nachweis der Schuld Schwierigkeiten macht, von dem Erfordernis der subjektiven Verschuldung überhaupt abgesehen werden.

Dieser Umstand darf nicht einmal prozessual zu einer praesumtio iuris et de iure benützt werden, sodaß etwa schon die Feststellung des objektiven Tatbestandes formell zur Verurteilung genügen würde.[3]) Wäre eine solche unwiderlegliche Rechtsvermutung schon nach allgemeinen Prinzipien durchaus verwerflich, so könnte sie der Richter nur dann anerkennen, wenn er vom Gesetzgeber hiezu ausdrücklich angehalten wäre.[4]) Das ist aber im geltenden Rechte nirgends geschehen, abgesehen von der Ausnahmebestimmung in § 3 Abs. 2 des G. vom 21. Mai 1878

---

[1]) Lucas, Verschuldung 127 Note 3.

[2]) GoltdArch. 38 192 Anm. *) der Red.

[3]) Vgl. PrOTr., GoltdArch. 5 108.

[4]) Berolzheimer, Entgeltung 313; Weingart, a. a. O. 189; Binding, Normen 2 617 ff.

(RGBl. 95); hiezu bemerkt indessen *Stenglein*[1]) richtig, bei der den deutschen Strafprozeß beherrschenden freien richterlichen Beweiswürdigung habe dieselbe keine Bedeutung.

Nach alledem muß es als überflüssig und irreführend erachtet werden, wenn an verschiedenen Stellen, z. B. § 150 des G. vom 20. Mai 1898 (RGBl. 810), § 84 des G. vom 20. Mai 1898 (RGBl. 846), § 23 des G. vom 22. Juni 1899 (RGBl. 319), § 109 des G. vom 12. Mai 1901 (RGBl. 139), ausdrücklich bestimmt wird, daß beim Mangel eines Verschuldens eine Strafe nicht verwirkt sei.

Der Grundsatz: „Keine Strafe ohne Schuld" ist, wie schon oben (S. 79) erwähnt, auch für den Blankettempfänger zwingend, insbesondere kann nicht die primäre oder subsidiäre Verantwortlichkeit dritter Personen ohne Verschulden festgesetzt werden.[2]) Es sind daher nicht, wie es allerdings manchmal geschieht, Geschäftsherren für ihr Personal, Haushaltungsvorstände für ihre Angehörigen schlechthin strafrechtlich verantwortlich zu machen; sie sind nur dann straffällig, wenn sie durch mangelhafte Beaufsichtigung der genannten Personen selbst vorsätzlich oder fahrlässig deren Zuwiderhandlung mitverursacht haben.[3]) Von diesem Gesichtspunkte sind z. B. § 151 der GewO. und § 43 des G. vom 9. Juni 1897 (RGBl. 463) nicht zu beanstanden.

An einem Verschulden kann es auch da fehlen, wo die Blankettnorm selbst wegen ihrer altertümlichen Fassung oder wegen ihres unklaren Wortlautes unverständlich erscheint; unverbindlich ist jedoch, wie das OLG. Hamburg[4]) rechtsirrtümlich ausgesprochen hat, eine solche unklare Norm keineswegs.

Der präventive Zweck der polizeilichen Normen hat jedoch

---

[1]) Stenglein, Nebengesetze 432.

[2]) RG., GoltdArch. 49 127, KG., GoltdArch. 49 151; 51 62; DJZ. 12 1205; Köhne 150; Rehm, KrVJSchr. 29 114; Feilitsch a. a. O. 5; Bar, a. a. O. 2 480.

[3]) Sächs. OAG., Stengleins Z. 16 74; OLG. Königsberg, GoltdArch. 42 145; BayOG., Samml. 8 150. Ungenau OLG. Hamburg, Reger 18 68, falsch wegen der Beweisfrage OLG. Hamburg, Entsch. 1 558. Sehr weit gehend BayObLG. 7 408. Vgl. zum Ganzen, insb. wegen des Polizeicharakters. die Schrift von Reuss, pass.

[4]) OLG. Hamburg, Entsch. 1 208; unklar OLG. Dresden, GoltdArch. 44 430; falsch OLG. Dresden, SächsArch. 2 285.

im Gefolge, daß im Zweifel sowohl die vorsätzliche als auch die fahrlässige Uebertretung derselben unter Strafe steht; denn gerade hier kommt es darauf an, die Unaufmerksamkeit und mangelnde Beachtung fremder Interessen zu strafen, da dieselbe beim Polizeidelikt ebenso folgenschwer ist, als die vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen die Norm. Doch bietet der weite Strafrahmen, der sich vor allem bei den Uebertretungen vorfindet, dem richterlichen Ermessen hinreichenden Spielraum, um der immerhin verschiedenen subjektiven Verschuldung je nach dolus oder culpa Rechnung zu tragen.[1]) Gewöhnlich fordert zwar das Blankostrafgesetz keine bestimmte dieser beiden Schuldarten;[2]) damit ist nun aber nicht ausgedrückt, daß nur ein vorsätzliches Delikt strafbar wäre,[3]) vielmehr will eben dann das Strafgesetz hierüber überhaupt nichts bestimmen. Unsere schon oben[4]) erklärte Ablehnung der Ungehorsamstheorie enthebt uns der Notwendigkeit, auf den gegen jene erhobenen Vorwurf einzugehen, daß es einen fahrlässigen Ungehorsam nicht gebe.[5])

Doch darf der Satz, daß im Zweifel auch die fahrlässige Normwidrigkeit straffällig macht, nicht so ausgelegt werden, daß überall dort, wo das Blankostrafgesetz den Vorsatz nicht ausdrücklich erfordert, Fahrlässigkeit genüge.[6]) Es ist vielmehr Sache der Auslegung, ob ein solches Strafgesetz nur dolose oder auch kulpose Delikte treffen will; nach dem Satze in dubio pro reo[7]) kann nur dann auch die fahrlässige Uebertretung einer Norm bestraft werden, wenn der Wille des Gesetzgebers, auch Fahrlässigkeitsdelikte zu poenalisieren, aus Zusammenhang und Fassung, Grund und Zweck des Strafgesetzes mit Sicherheit zu entnehmen ist.[8])

Bei folgenden Blankostrafgesetzen wird demgemäß nur ein vorsätzliches Delikt als strafbar erachtet:

---

[1]) Ortloff, GS. 34 436 f. und zit.
[2]) Ausnahmen z. B. §§ 327, 328 StGB.
[3]) So früher Binding, Entwurf 62, jedoch nun Lehrb. II 2 743.
[4]) Siehe S. 21.
[5]) Vgl. Frank, Stud. 17.
[6]) OLG. Darmstadt, GoltdArch. 44 175.
[7]) Meyer-Allfeld 137.
[8]) Rotering, GoltdArch. 31 354; Binding a. a. O.; BayObLG. 7 398.

1. Bei § 360[2] StGB. von *Edel,*[1]) *Oppenhoff*[2]) und *Rotering.*[3]) Diese Ansicht geht fehl; allerdings muß das Aufsammeln der Waffen begrifflich vorsätzlich erfolgen. Diese Tätigkeit kann aber sowohl mit als auch ohne Kenntnis der Norm entwickelt werden und auf beide Fälle erstreckt sich die Strafdrohung des Gesetzes. Dies verkennen auch die genannten Schriftsteller nicht, sie erklären jedoch das unter fahrlässiger Normunkenntnis vorgenommene Aufsammeln als vorsätzliches Delikt. Insoferne dreht es sich also hier um einen Ausschnitt aus der unten (S. 99 ff.) zu erörternden Kontroverse, ob zum vorsätzlichen Delikt das Bewußtsein der Normwidrigkeit gehört. Wir bejahen diese Frage und folgern daraus, daß ein fahrlässiges Delikt dann gegeben ist, wenn das vorsätzlich vorgenommene Ansammeln von Waffen ohne Kenntnis des behördlichen Verbots geschieht, diese Unkenntnis aber durch Fahrlässigkeit verschuldet ist. Es würde wohl auch unserem Rechtsempfinden widersprechen, von jenem, der in solcher Weise Waffen aufgesammelt hat, zu behaupten, er habe „vorsätzlich" delinquiert.[4])

2. Bei §§ 360[9], 360[12] und 367[14] StGB.; auch ein fahrlässiges Errichten von Versicherungsanstalten, Ueberschreiten eines Zinsfußes, Vornehmen eines Baues ist an sich nicht möglich, wohl aber ein fahrlässiges Zuwiderhandeln gegen die bezüglichen Normen.[5])

Es zeigt sich sonach, daß sämtliche[6]) Blankostrafgesetze des StGB., ausgenommen §§ 327 und 328, auch eine fahrlässige Normwidrigkeit unter Strafe zu nehmen geeignet sind; doch wird meist übersehen, daß es stets im Ermessen des normierenden Organs liegt, welche Schuldart im einzelnen Fall straffällig machen soll. Soweit das Blankostrafgesetz Vorsatz und Fahrlässigkeit

---

[1]) Edel, PStGB. von 1871 15.

[2]) Oppenhoff 923.

[3]) Rotering 33.

[4]) Gl. A.: Olshausen 2 1416; Frank, StGB. [5-7] 574; Bar, Gesetz 2 463.

[5]) Vgl. Ortloff, GS. 34 436; Edel, a. a. O.; Olshausen, 2 1424, 1431, 1482; inkonsequent Oppenhoff 933.

[6]) Auch bei §§ 365 und 367[9] StGB. lassen sich sehr wohl Fälle von fahrlässiger Zuwiderhandlung denken und sind auch durch den Wortlaut der beiden Bestimmungen der Bestrafung nicht entzogen, die Ansichten sind hier geteilt. Vgl. Olshausen 2 1456, 1479.

zu decken geeignet ist, kann sich die Blankettnorm auch mit Fahrlässigkeit begnügen, und sie tut dies dann auch gewöhnlich; sie kann aber auch im Rahmen des Blankostrafgesetzes das majus, die vorsätzliche Zuwiderhandlung, verlangen.[1])

Wo Fahrlässigkeit zur Bestrafung ausreicht, da muß sie aber auch genau so wie der Vorsatz dem Täter nachgewiesen werden; es kann weder davon die Rede sein, daß die Fahrlässigkeit bis zum Beweise des Gegenteils vermutet werde, noch daß der einer Norm Zuwiderhandelnde sich „exkulpieren" müsse.[2]) Es ist ein anerkannter Grundsatz unseres Prozeßrechts, daß dem Angeklagten sämtliche, die Strafbarkeit bedingenden Umstände nachgewiesen werden müssen, während es demselben freisteht, sich der Anklage gegenüber vollständig passiv zu verhalten; vgl. §§ 136 Abs. 1 Satz 2 und 242 Abs. 3 der StPO.[3])

§ 22.

Normwidrigkeit.

Viel umstritten ist die schon oben (S. 98) erwähnte Frage, ob der Vorsatz ein qualifiziertes Bewußtsein, sei es das der Rechts- oder Normwidrigkeit, der Pflichtwidrigkeit oder Strafwürdigkeit, der Strafbarkeit oder Verbotswidrigkeit, voraussetze. Eine erschöpfende Auseinandersetzung mit den verschiedenen Lehren würde den Rahmen dieser Abhandlung weit überschreiten; es sei hier nur darauf hingewiesen, daß die Forderung des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit[4]) und Strafwürdigkeit[5]) ebenso wie das der Kulturwidrigkeit[6]) von den verschiedensten Seiten und aus den mannigfaltigsten Gründen bereits wirksam bekämpft worden ist.[7])

Werden diese Forderungen nur von wenigen Schriftstellern, in der Praxis überhaupt nicht erhoben, so wird das Bewußtsein der Strafbarkeit in neuerer Zeit nur von *Ortmann*[8]) für den Dolus verlangt.

[1]) Vgl. Stenglein, Nebengesetze 458; Binding, a. a. O. 930; Rotering, GoltdArch. 31 355.

[2]) Vgl. Goldschmidt, JKV. 12 240, und oben S. 95 Note 4.

[3]) Vgl. RG. 1 290; BayZR. 4 87; falsch OLG. Hamburg, DJZ. 12 136.

[4]) So Kohlrausch, Irrtum 37; Dohna, GS. 65 320; Liepmann 130 ff.; Heinze, GS. 13 448; Schweizer 36 ff.

[5]) So Geßler, GS. 10 342; 14 237.

[6]) So Meyer, Rechtsnormen, pass.

[7]) Vgl. Heinemann, ZStW. 13 404; Beling, Lehre 33, 143, 183 f.; Klee 49 f.; Meyer-Allfeld 135; endlich die Note 4-6 genannten Autoren.

[8]) Ortmann, GS. 30 36; vgl. auch Weingart, a. a. O. 184 f.

7*
623822 A

Es kommt sonach für uns nur das Bewußtsein der Rechts- oder Normwidrigkeit in Betracht. Die letztere wird wieder in verschiedener Weise konstruiert, bald als spezielle, bald als generelle; bei der Schwierigkeit, die übertretene Norm jeweils ihrem Worlaute nach absolut einwandfrei festzustellen, wird man sich mit dem Bewußtsein der Normwidrigkeit in genereller Form begnügen müssen.[1])

Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit geht über dasjenige der Normwidrigkeit noch hinaus, weil es auch die Ausnahmen von der Norm in sich begreift, mögen diese auf strafrechtlichem oder außerstrafrechtlichem Gebiete liegen, während in dieser Hinsicht unter den Anhängern der Normentheorie Uneinigkeit besteht. Im allgemeinen aber wird das Requisit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit und das der Normwidrigkeit identifiziert werden können, insbesondere hinsichtlich der praktischen Anwendung, wie auch z. B. *Olshausen*[2]) die Anhänger dieser beiden Ansichten unterschiedslos aufführt.

Soviel steht für uns fest: „Darf man auch nicht mit allen Resultaten, zu welchen *Binding* in seinen Normen geführt worden ist, einverstanden sein, so hat er doch so eindringlich die Notwendigkeit einer Kenntnis der Norm für die Bestrafung zum Bewußtsein gebracht, daß an derselben nicht länger gezweifelt werden sollte."[3]) Ist dies zwar noch nicht der Fall, so mehren sich doch immer mehr die Stimmen derjenigen, welche nicht nur de lege ferenda,[4]) sondern schon für das geltende Recht das Bewußtsein der Rechts- oder Normwidrigkeit für den Vorsatz verlangen.[5]) Derselbe „charakterisiert sich als Wollen einer Handlung trotz ihres vorgestellten Widerspruches zu der Norm."[6])

Hiegegen wird zunächst geltend gemacht, es sei unverständ-

[1]) Vgl. Beling, Lehre 182.

[2]) Olshausen 1 262.

[3]) Buri, Kausalität 36.

[4]) Bruck 21 ff.; Zeitler 35; Schaeffer 12.

[5]) So: RGRspr. 1 17; RG. 31 417; GoltdArch. 43 239; OLG. Hamburg, Entsch. 1 589; Basedow 84 ff.; Binding, Grundriß 120 und Normen 2 81 f.; Kahn 66; Allfeld 15; Ortloff 113; Beling, Lehre 185; Olshausen 1 261, sowie die das. 262 zit. In RG. 21 313 ist ausdrücklich das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als „ein bei allen vorsätzlichen Delikten stillschweigend vorausgesetztes Erfordernis" erklärt. Bei diesem Wortlaut erscheint die Entsch. des RG., Recht 10 194, unverständlich.

[6]) Binding, Normen 2 403.

lich, weshalb der Gesetzgeber in zahlreichen Fällen im Tatbestand des Strafgesetzes das Moment der Rechtswidrigkeit ausdrücklich hervorgehoben habe; nur in diesen Fällen sei das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum dolus erforderlich. Betrachten wir die hieher gehörigen Vorschriften des StGB., so läßt sich für dieselben kein Merkmal finden, welches jene Delikte vor den anderen auszeichnen würde: die §§ 123, 124, 127, 132, 136, 168, 239, 240 StGB. zeigen deutlich, daß der Gesetzgeber hier ohne jedes System zu Werke gegangen ist. Nach dem formellen Wortlaut des Gesetzes macht sich der Scharfrichter des Mordes schuldig, während der Gefänghiswärter schon durch die Fassung des § 239 a. a. O. vor Bestrafung wegen Freiheitsberaubung gedeckt ist. Nun hören wir allerdings überall, die Rechtswidrigkeit der Handlung sei auch bei den Delikten der §§ 211, 212, 223 u. s. f. StGB. selbstverständliche Voraussetzung;[1]) dann hätte es aber auch der Hervorhebung jenes Moments in dem Strafgesetze nicht mehr bedurft.[2]) Der Gesetzgeber hat wohl geglaubt, das Erfordernis der Widerrechtlichkeit hier eigens aufstellen zu müssen, weil es sich hier um Delikte handelt, bei denen zahlreiche Fälle mangelnder Rechtswidrigkeit denkbar sind. Bei der Auswahl der einschlägigen Delikte ist aber der Gesetzgeber ganz willkürlich vorgegangen; so fehlt unter den das Requisit der Rechtswidrigkeit ausdrücklich bezeichnenden Strafbestimmungen diejenige, bei welcher erfahrungsgemäß am häufigsten die Widerrechtlichkeit fehlt, nämlich die Körperverletzung. Auch der Versuch *Berolzheimers*[3]), das Vorgehen des Gesetzgebers dadurch zu erklären, daß bei ausdrücklich geforderter Rechtswidrigkeit eine Vornahme auf Grund eines Rechts, als Ausfluß einer Berechtigung, möglich sei, ist nicht gelungen, denn alles, was er bei § 239 StGB. bezüglich des Vaters, Lehrers und Erziehers bemerkt, trifft auch bei § 223 a. a. O. zu, bei welchem aber das Moment der Rechtswidrigkeit eben fehlt.[4]) *Beling*[5]) meint, daß in den Fällen, wo das Straf-

---

[1]) Vgl. RG. 2 376; 4 98; 5 129; 9 302; 25 375 u. s. f.

[2]) Im Ergebnis gleich Schweizer 85; Bar, Gesetz 2 420.

[3]) Berolzheimer, Entgeltung 344 f.

[4]) Vgl. auch die ähnlichen, bezüglich der Rechtswidrigkeit aber verschieden behandelten §§ 133—137, 303—305 StGB.

[5]) Beling, Lehre 164; Grundzüge 15.

gesetz die Rechtswidrigkeit nicht ausdrücklich erwähnt, die unter Strafe gestellte Handlung im allgemeinen rechtswidrig sei; auch diese Ansicht ist, wie ein Vergleich der beiden letzterwähnten Bestimmungen zeigt, nicht zutreffend, da die Delikte der Körperverletzung und Freiheitsberaubung in dem von *Beling* erörterten Punkte doch wohl durchaus gleichartig sind.[1]) Von dem Vorwurf der Systemlosigkeit ist das StGB. wohl nicht zu retten, auch nicht durch den Versuch *Schweizers*,[2]) den Begriff „rechtswidrig" einfach als Komplex solcher Tatumstände zu erklären, die in anderen Rechtsteilen enthalten sind und deren Aufzählung erspart werden soll. Diese Funktion ist dem Ausdruck „rechtswidrig" in allen Fällen eigen; die Aufnahme desselben in einzelne Strafbestimmungen erfährt dadurch aber keine Begründung. Gerade da, wo selten und nur ausnahmsweise Fälle mangelnder Rechtswidrigkeit vorkommen, hat der Richter nicht etwa in Anlehnung an den Wortlaut der Strafbestimmung von der Prüfung der Frage der Rechtswidrigkeit abzusehen, sondern muß auch hier prüfen, ob dieses Erfordernis gegeben ist.[3])

Es handelt sich nur darum, ob er sich in dem auf Strafe lautenden Urteil auch stets hierüber auszusprechen hat. Wo das Moment der Rechtswidrigkeit ausdrücklich erwähnt wird, faßt die herrschende Meinung dasselbe als Tatbestandsmerkmal auf,[4]) dessen Vorhandensein im einzelnen Falle stets und ausdrücklich im Strafurteil festzustellen ist. In dieser Hinsicht sind jedoch zwei Betrachtungsweisen zu scheiden:

1. Die materiellrechtliche. Danach ist die Rechtswidrigkeit Eigenschaft der Handlung, nicht ein Merkmal, d. h. einzelnes Moment des Tatbestandes.[5])

2. Die prozessuale. Ist die Rechtswidrigkeit, wenn auch materiell überflüssiger Weise, im Strafgesetze genannt, so muß im Urteil allerdings die Rechtswidrigkeit auch festgestellt werden,

---

[1]) Die von Kitzinger, GS. 55 91, gebrachte Unterscheidung nach der Quelle der Rechtswidrigkeit hat schon Beling, Lehre 130 f., widerlegt.

[2]) Schweizer 84 im Anschluß an Merkel.

[3]) RGRspr. 1 17; RG. 5 151; 16 150; GoltdArch. 48 301.

[4]) Z. B. OLGMünchenSt. 5 118; Schaeffer 29; Zeitler 36; Rotering, GoltdArch. 31 354; Berolzheimer, a. a. O. 292.

[5]) Oetker, Rechtsirrtum 82 f.

weil die urteilsmäßige Feststellung nach § 266 StPO. vom Bau des Strafgesetzes abhängig ist, das Strafgesetz in solchen Fällen aber formell die Rechtswidrigkeit allerdings als „gesetzliches Merkmal" der strafbaren Handlung angeführt hat.

Im übrigen hat der Richter eine Feststellung der vorhandenen Widerrechtlichkeit nur in Zweifelsfällen und bei Bestreitung zu treffen, wenn auch vielfach in anerkennenswerter Gründlichkeit die Praxis darüber hinausgeht und auch da die Rechtswidrigkeit feststellt, wo das Gesetz dies nicht ausdrücklich verlangt, wie bei Beleidigung und Körperverletzung. Ist aber die Widerrechtlichkeit oder Normwidrigkeit Erfordernis und Voraussetzung jeglichen, auch des polizeilichen Deliktes[1]), so hat die willkürliche Hervorhebung derselben durch den Gesetzgeber in vereinzelten und wenigen Strafbestimmungen nicht eine konstitutive, sondern nur deklaratorische Bedeutung; die Rechtswidrigkeit in § 239 StGB. kann keinen anderen Charakter tragen als die für § 223 zu fordernde.

Wie man zu Anfang und in der Mitte des 19. Jahrhunderts zu dem Satz, daß der dolus das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit umfassen müsse, offiziell Stellung nahm, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte unseres StGB.; fand sich nämlich schon im preußischen ALR. (Einleitung § 13 und Teil II Titel 20 §§ 10 ff.) ein derartiger Satz aufgestellt, so sprechen sich die Materialien zum preußischen StGB. hierüber folgendermaßen aus: „Der preußische Entwurf von 1827 stellte als leitenden Grundsatz folgende allgemeine Vorschrift auf (§ 111): „Nur demjenigen kann ein Verbrechen zugerechnet und die Strafe desselben aufgelegt werden, der mit Willkür zu handeln und die Unrechtmäßigkeit seiner Handlung dabei einzusehen fähig war". In der Revisions-Kommission von 1827 wurde aber angenommen, daß es nur zwei Wege in der Behandlung gebe: entweder das allgemeine Prinzip über die Zurechnungsunfähigkeit allein oder die einzelnen Fälle allein sind vollständig im Gesetz aufzuführen. Man entschied sich für den letzteren und somit für den Fortfall jener allgemeinen Vorschrift im Entwurf von 1830. Bei der Beratung des Entwurfs von 1833 im Ministerio für die Gesetzesrevision nahm

[1]) RG., GoltdArch. 48 301; Binding, Normen 2 487. Ansichten wie die hier zitierte des OAG. Dresden sind doch wohl heute überwunden.

man dagegen an, daß keiner dieser beiden Wege allein empfehlenswert sei, der erstere nicht, weil man dabei Gefahr laufe, die Grenze der Zurechnungsfähigkeit zu enge zu ziehen, während beim zweiten die Besorgnis einer zu weiten Auslegung ihres Gebietes obwalte. Es wurden daher wieder beide Wege kombiniert und jener leitende Grundsatz des Entwurfs von 1827, jedoch in einfacherer Fassung: „Nur demjenigen kann eine Handlung als Verbrechen zugerechnet werden, welcher die Rechtswidrigkeit derselben einzusehen und die Handlung zu unterlassen im Stande war" wieder in den Entwurf von 1833 (§ 73) angenommen und bis zum Entwurf von 1843 beibehalten (§ 78) . . . . Die Revision von 1845 ließ jenes allgemeine Prinzip als überflüssig, zur Vereinfachung der Kasuistik, [nicht weil sie dasselbe für unzutreffend hielt] fallen."[1])

Berolzheimer[2]), der übrigens zutreffend bemerkt, daß die Frage, ob das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Dolus gehöre, für sämtliche vorsätzlichen Delikte gleichmäßig bejaht oder verneint werden müsse, ob nun das Merkmal der Rechtswidrigkeit in den Tatbestand aufgenommen sei oder nicht, wirft hier ein, es erscheine wenig wahrscheinlich, daß der Gesetzgeber die Strafbarkeit des Adoleszenten ausdrücklich davon abhängig gemacht hätte, daß dieser (gemäß § 57 StGB.) bei Begehung der strafbaren Handlung die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besaß, wenn bei fehlendem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ohnedies nach allgemeinen Grundsätzen Straflosigkeit eintreten müßte. Allein zunächst ist nicht zu leugnen, daß die Erkenntnis der Strafbarkeit nur durch das Tor des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit führen kann, sie enthält gegenüber dem letzteren ein plus, eine größere Anforderung an den Handelnden. Es verlangt aber § 57 a. a. O. nur die Erkenntnisfähigkeit, nicht die wirkliche Erkenntnis; wie schon *Weingart*[3]) bemerkt, liegt der Grund hiefür darin, daß hier nicht nur für den dolus, sondern auch für die culpa die nötige Unterlage geschaffen werden soll, während gerade die Forderung des Bewußt-

---

[1]) Goltdammer, Materialien 1 347 ff.
[2]) Berolzheimer, a. a. O. 294 ff.
[3]) Weingart, a. a. O. 186.

seins der Normwidrigkeit für den Vorsatz eine wirklich bedeutende Trennung der Fahrlässigkeit von diesem liefert.[1])

Auch der weitere Einwand *Berolzheimers*[2]), daß dem Gesetzgeber bei Schaffung des vorbildlichen § 44 des preußischen StGB. die von *Binding* „entdeckte" Spaltung von Norm und Strafgesetz nicht bekannt gewesen sei, kann nicht ins Gewicht fallen, nachdem schon in den erwähnten Gesetzgebungsarbeiten andauernd von „Unrechtmäßigkeit" und „Rechtswidrigkeit" die Rede ist. Uebrigens ist es auch gleichgültig, ob der Gesetzgeber sich eines im Wesen der Sache liegenden Unterschiedes bewußt geworden ist oder nicht.[3]) Jedenfalls wäre, wenn das StGB. von der in den erwähnten Vorarbeiten niedergelegten Ansicht abweichen wollte, ein förmlicher Ausspruch hierüber sicherlich erfolgt. Es ist auch weiter zu bedenken, daß der verbrecherische Wille in gesteigertem Maße vorhanden ist, wo die als normwidrig erkannte Handlung dennoch vorgenommen wird; würde aber der Gesetzgeber das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit nicht allgemein zum dolus verlangen, so müßte dasselbe doch sicherlich als einer der wichtigsten Qualifikationsgründe erscheinen, was aber nirgends der Fall ist.[4])

Muß nun der Dolus jenes Bewußtsein umfassen sowohl nach allgemeinen Erwägungen als auch ohne Widerspruch mit § 59 StGB., so trifft dies auch beim Blankostrafgesetz zu,[5]) wobei sich die Normwidrigkeit auf die Grundlage der Blankettnorm zu stützen hat; ein erschöpfendes Bild für das Moment der Widerrechtlichkeit läßt sich allerdings aus der Zuwiderhandlung gegen die Blankettnorm allein noch nicht gewinnen. Daß das Blankostrafgesetz „mit Rechtswidrigkeit gesättigte Tatbestände" aufstelle[6]), läßt sich weder von der generellen noch der speziellen Gruppe derselben behaupten, soferne nicht eben im speziellen Falle die Klausel „rechtswidrig" oder dergleichen beigesetzt ist; denn die Uebertretung der Blankettnorm kann auch nicht-widerrechtlich

---

[1]) Oetker, Rechtsirrtum 47 f.
[2]) Berolzheimer, a. a. O. 301 f.
[3]) Vgl. oben S. 61.
[4]) Binding, Normen 2 491; Grundriß 125; vgl. Weingart, a. a. O. 180.
[5]) Rotering, GoltdArch. 31 354.
[6]) Beling, Lehre 160.

geschehen und dann hat auch die Strafe zu entfallen ohne Rücksicht darauf, daß es sich im konkreten Falle etwa um eine Norm handelt, „die keine Rechtsverletzung zum Gegenstande hat, sondern im öffentlichen Interesse die Verhütung von Gefährdungen bezielt".[1])

Für den Gegenstand unserer Abhandlung ist es jedoch von Wichtigkeit, daß die bezüglichen Delikte fast ausnahmslos auch einer fahrlässigen Begehung fähig sind. Ist aber für das vorsätzliche Delikt das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit allgemeine Voraussetzung, so ist dies für das fahrlässige die Fähigkeit des Täters, sich jenes Bewußtsein zu verschaffen.[2]) Soweit die Unkenntnis durch Fahrlässigkeit verschuldet ist, wird das Delikt gemäß § 59 Abs. 2 StGB. bestraft.[3])

§ 23.
Rechtsirrtum.

In innigem Zusammenhang mit dem vorigen Paragraphen steht die nicht weniger bestrittene Lehre vom Rechtsirrtum.[4])

Auch hier bildet § 59 StGB. die sedes materiae des positiven Rechts und zwar nach dessen System auch für die Delikte polizeilicher Natur[5]). Es wird nun zunächst behauptet, jene Vorschrift beziehe sich überhaupt nur auf den Tatirrtum und überlasse die Behandlung des Rechtsirrtums der Theorie. Allein eine solche Scheidung ist nicht am Platze; denn „wenn das Wissen um irgend eine Wahrheit die Bedingung der kriminellen Strafbarkeit ausmacht, so hebt das Nichtwissen notwendig die Strafbarkeit auf und zwar lediglich deshalb, weil es nunmehr an der Tatsache des Wissens fehlt. Durch welchen Umstand das Nichtwissen oder der Irrtum herbeigeführt ist, darauf kann nichts ankommen, da es sich bloß um die Wirkung handelt. Das Be-

---

[1]) Aus diesem Grunde wird vielfach ohne jede Berechtigung vom Bewußtsein der Rechtswidrigkeit abgesehen: vgl. z. B. BayObLG. 2 127; 3 140; OLGMünchenSt. 4 12; 5 92; 6 250.

[2]) Olshausen 1 261.

[3]) Vgl. Beling, a. a. O. 191.

[4]) Zur Dogmengeschichte vgl. Heinemann, ZStW. 13 371; Bar, Gesetz 2 373.

[5]) Vgl. RG. 2 321; 12 432; 29 74; Olshausen 1 254 f. Einschränkend („in der Regel"): KG., GoltdArch. 45 156. Anders das franz. Recht: Mayer, Theorie 185.

wußtsein der Widerrechtlichkeit seiner Handlung hat derjenige, welcher vermöge Rechtsirrtums nicht weiß, daß dieselbe gegen ein Gesetz verstößt, ebensowenig wie derjenige, welcher vermöge eines faktischen Irrtums nicht weiß, daß es an dem Vorhandensein einer Tatsache fehlt, von welcher das ihm bekannte Gesetz das Erlaubtsein der Handlung abhängig gemacht hat. Daher kennt auch das gemeine Recht da, wo es auf das Vorhandensein der bona fides ankommt, keinen Unterschied zwischen Rechtsirrtum und faktischem Irrtum. . . . Alles, dessen Kenntnis durch die gesetzliche Definition eines einzelnen Vergehens bei dem Täter ausdrücklich gefordert wird, ist aus dem Gesichtspunkte des § 59 betrachtet etwas Tatsächliches oder ein Tatumstand, auch wenn es sich dabei um eine gesetzliche Bestimmung handelt."[1])

Der Irrtum über die Normwidrigkeit infolge eines error iuris ist jedenfalls viel schwerwiegender als der kraft eines error facti, wo der Handelnde doch die Anforderungen der Rechtsordnung kennt.[2]) Ist aber schon die Scheidung von Tat- und Rechtsirrtum mit dem geltenden Recht unvereinbar, so geht es noch weniger an, bei Anwendung des § 59 StGB. im Gebiete des Rechtsirrtums selber wieder einen Gegensatz zu konstruieren.[3])

So unterscheidet nämlich meist die Praxis[4]), ausgehend von dem alten, im Reichsstrafrecht aber nirgends zum Ausdruck gelangten Satze error iuris criminalis nocet den Rechtsirrtum je nach dem Gebiete, auf das er sich bezieht, und erachtet den Irrtum über nichtstrafrechtliche Normen, also über Privat-, Staats-, Verwaltungsrecht und dgl. als dem Tatirrtum gleich und beachtlich, dagegen den Irrtum über strafrechtliche Vorschriften als unbehelflich. *Frank*[5]) rechtfertigt diese Unterscheidung damit, daß das Strafrecht alle Rechte, Rechtsverhältnisse und sonstigen rechtlichen Beziehungen, die durch das außerhalb des Strafrechts

---

[1]) RG. 8 106 f. Gl. M. Binding, Normen 2 606 f.; Grundriß 107 f.; Bar, a. a. O. 399; Oetker, JLBl. 17 141; Buri, Abh. 180; Ortmann, GS. 29 267; Liszt, a. a. O. 175; a. A. Olshausen 1 261.

[2]) Beling, Grundzüge 57.

[3]) Gl. M. Beling, a. a. O. 58; Berolzheimer, a. a. O. 293; Bülow, GS. 59 3; Kahn 68; Olshausen 1 261; Weinrich, ZStW. 17 805; Schweizer 28; KG., GoltdArch. 41 311.

[4]) Auch des RMG., Entsch. 2 212; 5 34; 10 148.

[5]) Frank, StGB. 5-7 128.

liegende Recht begründet werden, genau so vorfinde und unter seinen Schutz nehme wie rein tatsächliche Erscheinungen. Damit kann aber nicht ein Gegensatz zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum begründet werden, sondern nur ein Unterschied zwischen Norm und Sanktion; denn nicht das Strafrecht schützt, sondern die stets außerhalb desselben liegende Norm. Jedenfalls aber gibt das Gesetz, welches nur vom Irrtum über Tatumstände spricht, zu jener Scheidung nicht den geringsten Anlaß.

Jedoch hält insbesondere das RG. hieran ängstlich fest und erklärt den Irrtum über Zivilrecht [1]), Kirchenrecht [2]), Staatsrecht [3]) konstant als tatsächlichen; nur der Irrtum über das in den §§ 239 ff. der KO. zur Anwendung kommende Handelsrecht [4]) wird als strafrechtlicher erklärt. Diese verschiedene Behandlung ist kaum zu rechtfertigen; das RG. legt scheinbar Gewicht darauf, daß die letzterwähnten Vorschriften jene handelsgesetzlichen Verpflichtungen ausdrücklich hervorheben und durch solche Bezugnahme gleichsam zu strafrechtlichen Bestimmungen machen. Dann wäre aber jeder Zivilrechtssatz, an welchen ein „Strafgesetz" anknüpft, dadurch zu einer strafrechtlichen Norm geworden; ob das Strafgesetz eine solche Vorschrift ausdrücklich oder nur stillschweigend in Bezug nimmt, ist ohne Belang. Es handelt sich doch stets eben nur um eine Bezugnahme, durch die sich der Charakter der in Bezug genommenen Bestimmung nicht verändert.

Das RG. [5]) meint allerdings, die in einem Strafgesetz aufgenommenen Rechtsbegriffe würden dadurch „Bestandteil des Strafgesetzes". Dies ist falsch; denn nur die Norm, welche im Strafgesetz kodifiziert ist, ist es eigentlich, welche solche Vorschriften in Bezug nimmt, sie ist aber keine strafrechtliche Bestimmung und kann den von ihr angezogenen Rechtssatz auch nicht zu einer solchen machen. Es wäre interessant, zu erfahren,

[1]) RG. 4 235; 7 65; 9 84; 10 236; Recht 10 1016.

[2]) RG. 4 235.

[3]) RGRspr. 2 546; 7 579; GoltdArch. 48 135; vgl. jedoch auch RGRspr. 7 650 f.

[4]) RGRspr. 8 127; RG. 5 410; 8 149; 33 186.

[5]) RGRspr. 9 238.

ob das RG. auch die in § 69 des PStG. ausdrücklich vorausgesetzten Vorschriften des BGB. als strafrechtliche deklarieren würde.

Die Nachahmung der reichsgerichtlichen Argumentation führt in der Praxis zu den ärgsten Widersprüchen. In einem Urteil des OLG. Hamburg[1]) heißt es: „Es ist der in der Gewerbeordnung nicht genauer bestimmte Begriff des Kleinhandels und demgemäß hier auch des Trödelhandels wesentlich tatsächlicher Natur. Ist daher der Angeklagte irrtümlich der Ueberzeugung gewesen, daß sein Handel unter den Begriff des Klein- und Trödelhandels nicht falle, so handelt es sich dabei nicht um einen Rechtsirrtum über das Strafgesetz, sondern um einen Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen des Trödelhandels im zivilrechtlichen Sinne der Gewerbeordnung". Dagegen hat dasselbe Gericht an anderer Stelle[2]) ausgesprochen: „Die irrtümliche Annahme, der Kleinhandel mit Branntwein gehöre zum Schankwirtschaftsbetrieb, ist ein unberechtigter Irrtum über das Strafgesetz."

Interessant ist in vorliegender Frage auch die bayrische Praxis. Die fälschliche Annahme, auf Grund Privatrechts die normwidrige Handlung vornehmen zu dürfen, ist „lediglich als ein auf Unkenntnis des Strafgesetzes beruhender Irrtum" unbeachtlich genannt worden, wo jemand im Glauben an eine ihm zustehende Berechtigung das Verbot, Enten in Teiche einzulassen, übertreten hatte.[3]) Ein anderer nahm ein Fahrtrecht an einem durch Warnungszeichen abgeschlossenen Wege in Anspruch und wurde von der Anklage wegen einer Uebertretung nach § 368[9] StGB. freigesprochen, „weil er aus einem tatsächlichen Irrtum ohne sein Wissen unbefugt handelte".[4]) Dagegen hat der BayOG.[5]) in einem anderen Falle ausgesprochen: „Wer den oberpolizeilichen Vorschriften über Schutz der Eisenbahnen und des Bahnbetriebs zuwiderhandelt, macht sich einer Uebertretung in Bezug auf Leben und Gesundheit schuldig und kann sich mit dem Einwand, daß er an dieser nun verbotenen Uebergangsstelle eine Wegegerechtigkeit hatte und daß ihm daselbst die

---

[1]) OLGHamburg, Entsch. 2 28; gerade umgekehrt BayObLG.,BayZR. 3 112.
[2]) OLGHamburg, a. a. O. 46.
[3]) OLGMünchenSt. 2 82.
[4]) OLGMünchen, a. a. O. 303; ebenso BayOG., Samml. 6 584.
[5]) BayOG., a. a. O. 9 70.

Ueberschreitung der Bahn früher nicht verwehrt worden sei, mit Erfolg nicht verteidigen". Das OLG. München[1]) hat auch denjenigen für strafbar erklärt, der im Vertrauen auf seine spezielle Befugnis zur Benützung eines Weges das Absperrungsverbot übertreten hatte. Endlich findet sich in einem Erkenntnis des BayOG.[2]) folgende sonderbare Ausführung: „Die Bestrafung wegen Uebertretung des § 366[9] wird durch die bloße Behauptung des Beschuldigten, daß ihm zur Vornahme seiner den Verkehr auf dem öffentlichen Wege hindernden Handlung eine Privatberechtigung zustehe, nicht aufgehalten, sofern nicht der Beschuldigte seine behauptete Privatberechtigung durch ein Anerkenntnis der zuständigen Verwaltungsbehörde oder einen rechtskräftigen Ausspruch dieser Behörde beziehungsweise der zuständigen Zivilgerichte vor dem Strafgerichte sofort nachzuweisen vermag".

Diese Rechtsprechung verrät keinen einzigen gemeinsamen Zug, sie ist rein willkürlich, dies umsomehr, weil es in vielen Fällen nur auf die Formulierung ankommt, um den Irrtum bald als strafrechtlichen, bald als außerstrafrechtlichen erscheinen zu lassen. So kann auch der Eingeweihte oder von einem mit der herrschenden Praxis Vertrauten Beratene da Freisprechung erreichen, wo der Unkundige, der sagt: „Ich habe nicht gewußt, daß man deswegen gestraft wird" oder „daß dies verboten ist", bestraft wird. Ein typisches Beispiel, wohin die gegenwärtige Praxis führt, bietet folgende einem Urteile des RG.[3]) entnommene Ausführung: „In dem bayerischen Vereinsgesetz ist für die Veranstaltung und Leitung eines öffentlichen Aufzugs die Zustimmung der betreffenden Gemeindeverwaltung und sodann die Genehmigung der Distriktspolizeibehörde vorgeschrieben. Der Angeklagte hat nur die erstere Zustimmung eingeholt und ist von der Strafkammer freigesprochen, weil er des guten Glaubens habe sein können, daß mit jener Erlaubnis die Sache geregelt sei. Das Urteil ist auf die Revision des Staatsanwalts aufgehoben. Glaubte der Angeklagte irrigerweise, die Genehmigung der Distriktspolizeibehörde sei erteilt, so war die Freisprechung auf Grund

[1]) OLGMünchenSt. 1 147.

[2]) BayOG., Samml. 7 19.

[3]) RG., JW. 24 101. Beachtlich ist auch in dieser Hinsicht PrOTr., zitiert in HHB. 2 173 Note 3, und RG. 39 342.

des § 59 StGB. gerechtfertigt. Hielt er aber die Erlaubnis der Gemeindebehörde für genügend, so befand er sich in Unkenntnis oder Irrtum über die entgegengesetzte Vorschrift des Strafgesetzes, die ihn nicht straflos macht". Hat also der Angeklagte geglaubt, daß mit der Zustimmung der Gemeindeverwaltung auch die Genehmigung der Distriktspolizeihörde erteilt sei, so ist er straflos; hat er die letztere überhaupt nicht für nötig gehalten, so wird er bestraft!

Die richtige Behandlung der Lehre vom Rechtsirrtum hat sich auch hier in der Normentheorie zu bewegen: „Für den Irrenden kommen nur zwei Gesetze in Betracht: die Norm und das Strafgesetz. Irrtum über das Strafgesetz, über Art und Maß der Strafe ist als Irrtum über die Handlungsfolge belanglos; Irrtum über die Deliktsnatur der Handlung selbst — also die Norm — ist der schwerste beachtliche Irrtum".[1]) Nicht das Strafgesetz, d. h. die Strafsatzung, wendet sich an die Untertanen, sondern nur die Norm, während die Strafsanktion den Richter verpflichtet; daher ist jeder Irrtum, soweit er auf der Seite der Strafsatzung liegt, unerheblich für die Straffälligkeit. Gerade umgekehrt aber beim Irrtum über die Norm, welche von dem Untertanen Gehorsam verlangt. „Wenn das Recht Gehorsam fordert, so setzt es auf Seite des Gehorchenden notwendig diejenige Vorstellung voraus, aus welcher der Gehorsam allein entspringen kann: die Vorstellung eben, daß ein autoritativer Wille bestimmten Inhalts existiere. Soll sich der Mensch unterwerfen, so muß er wissen, daß ein Herrscher vorhanden sei und was dieser von ihm fordert.... Die Gehorsamspflicht entsteht also erst mit der Kenntnis des Gesetzes und durch dieselbe".[2])

Nun gibt man zwar vielfach zu, daß die Kenntnis der Norm notwendig sei; man will sich aber vor unerwünschten Ergebnissen dadurch sichern, daß man einfach jene Kenntnis präsumiert, sobald das Strafgesetz publiziert und in Kraft getreten ist.[3]) Es leuchtet aber ohne weiteres ein, daß diese Auffassung durchaus

---

[1]) Binding, Normen 1 91; Grundriß 106 f.; Kohlrausch, Irrtum 187; Zitelmann 374; Basedow 90.

[2]) Binding, Normen 2 63.

[3]) So: RG., GoltdArch. 45 51; PrOTr., GoltdArch. 21 357 (i. c. allerdings anders!); Buri, Abh. 192; Wilhelm 55.

schief ist. Will man überhaupt zu einer solchen „Präsumtion“ seine Zuflucht nehmen, so darf dieselbe nicht vom Strafgesetz, sondern nur von der Norm ausgehen. Die normale Gestalt des heutigen Strafgesetzes mit ihrer Wiedergabe der wenn auch nicht formulierten Norm begünstigt allerdings jenen Irrtum; aber gerade das Blankostrafgesetz beweist, daß von der Publikation des Strafgesetzes die Normkenntnis und folgeweise auch die Gehorsamspflicht gänzlich unabhängig ist.

Eine solche Präsumtion, die im übrigen tatsächlich eine Fiktion darstellt, weil die ausnahmslose Kenntnis der Norm doch nie erreicht wird,[1]) hat jedoch im geltenden Rechte keinen Platz.[2]) Sogar die widerlegliche Vermutung steht mit dem Grundsatz des Strafprozeßrechts, daß dem Angeklagten sämtliche Deliktsmerkmale nachgewiesen werden müssen, und mit dem Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung in argem Widerspruch; denn der Richter muß sich durch eigenes Nachdenken und gewissenhafte Prüfung der ihm durch die Untersuchung bekannt gewordenen Tatsachen seine freie, selbständige Ansicht bilden, darf nicht statt dessen an den Krücken von Präsumtionen gehen.[3])

Soviel über den Rechtsirrtum im allgemeinen; auf das Nähere kann hier nicht eingegangen werden.[4])

Bezüglich des Blankostrafgesetzes geht nun die herrschende Meinung dahin, daß die Blankettnorm strafrechtliche Vorschrift und der Irrtum darüber nach § 59 StGB. unbeachtlich ist, weil die Blankettnorm ein „integrierender“ Bestandteil des Blankostrafgesetzes sei und beide zusammen eine Gesetzesbestimmung bilden, wie es in Entscheidungen des RG.[5]), des BayOG.[6]), des BayObLG.[7]), des OLG. München[8]), des OLG. Cassel[9]) und des

[1]) Weinrich, ZStW. 17 802; Klee 41.

[2]) Häberlein, Beilage zu GS. 17 7; Berolzheimer, a. a. O. 302.

[3]) Binding, Normen 2 138 608.

[4]) Klee, der S. 40 ff. unter Beiseitesetzung der gesamten Schuldlehre ein Rachestrafrecht konstruiert, scheint mir schon bei Binding, Normen, 2 64 f. widerlegt.

[5]) RG., GoltdArch. 28 434; RG. 12 399.

[6]) BayOG., Samml. 3 185.

[7]) BayObLG. 1 10; 3 108; 4 220.

[8]) OLGMünchenSt. 2 11; 3 223; 4 267.

[9]) OLG. Cassel, GoltdArch. 40 176; vgl. Bruck 27.

OLG. Dresden[1]) heißt. *Rotering*[2]) schließt sich diesen Ausführungen an, wenn die Norm „unter Hinweisung auf das Strafgesetz erlassen ist"; eine solch äußerliche Bezugnahme, die, wie erwähnt (S. 56 f.), rechtlich durchaus nicht notwendig ist, muß aber für die vorliegende Frage ohne jeden Einfluß sein und kann für solche Normen, die vor dem Blankostrafgesetz ergangen sind, gar nicht in Betracht kommen. Blankettnormen der letzteren Art will *Rotering*[3]) ganz willkürlich den „in Ergänzung des Strafgesetzes" erlassenen gleichstellen.

Anderseits hat das RMG.[4]) anerkannt, daß die in § 141 MStGB. als Blankettnormen vorausgesetzten Wachtvorschriften nicht den Charakter strafrechtlicher Normen haben, sondern als Tatsachen im Sinne des § 59 StGB. anzusehen sind.

Was aber nun das RG. betrifft, so hat dasselbe zunächst einmal ausgesprochen,[5]) daß eine den § 286 StGB. betreffende Verordnung keine Strafvorschrift, sondern eine außerhalb des StGB. bestehende Anordnung der Staatsgewalt sei und daß „die Zulässigkeit der Berücksichtigung der Unkenntnis der Tatsache der Existenz einer solchen Verordnung" (!) vom Gesetze nirgends versagt werde. Paßt dieser Standpunkt schon wenig zu den sonstigen Ausführungen des RG., so hat dasselbe neuestens seine Ansicht überhaupt modifiziert; so heißt es in zwei neueren Urteilen:[6]) „Allgemeine kraft gesetzlicher Ermächtigung von der zuständigen Verwaltungsbehörde erlassene Ausführungsverordnungen haben nicht die Bedeutung eines Strafgesetzes und deshalb ist für den Zuwiderhandelnden die Berufung auf Rechtsunkenntnis und irrige Auffassung nicht ausgeschlossen." Mit ähnlicher Begründung wird an anderer Stelle[7]) ausgeführt, der Irrtum über Normen gemäß § 328 StGB. sei kein Irrtum über das Strafgesetz.

Das RG. ist sich also nicht konsequent geblieben[8]) und hat

---

[1]) OLG. Dresden, SächsArch. 1 452; ähnlich OLG. Jena, ThürBl. 54 121.
[2]) Rotering 48.
[3]) Rotering 93.
[4]) RMG., Entsch. 5 34.
[5]) RG. 3 50.
[6]) RG., GoltdArch. 45 51; RG. 36 362.
[7]) RG. 32 415.
[8]) Vgl. auch Kohlrausch, Rechtsirrtum 156. Konsequent ist der Oberste Gerichts- und Kassationshof in Wien, siehe Rosenblatt, GS. 61 28.

teilweise seine Theorie vom außerstrafrechtlichen Rechtsirrtum unbewußt über Bord geworfen.

Eine eigentümliche Behandlung der fraglichen Lehre, insbesondere mit Rücksicht auf die Blankostrafgesetze, versucht *Köhler*.[1]) Er kommt, um dies vorwegzunehmen, zu dem Ergebnis: „Der Gesetzgeber hat in § 59 StGB. keine ausnahmslos für alle seine Tatbestände gültige Regel aufgestellt, er hat uns vielmehr in Gemäßheit seines regelmäßigen Willens, nur schuldhafte Handlungen zu bedrohen, bei jedem einzelnen Deliktstatbestand die Prüfung nicht erspart, ob die einzelnen Tatbestandsmerkmale schon dann vorsätzlich erfüllt sind, wenn der Täter die tatsächlichen Voraussetzungen ihres Gegebenseins gekannt hat, oder ob das von ihm vorausgesetzte Delikt seiner rechtlichen Natur nach erst dann vorliegt, wenn der Täter auch das Gegebensein bestimmter Begriffe oder Rechtsverhältnisse als solcher erkannt hat. Die Untersuchung aller einzelnen Tatbestände des geltenden Strafrechts daraufhin ist in erster Linie Sache der Handbücher und Kommentare."

Es erscheint aber zunächst schon fast ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber darauf verzichtet hätte, jenen für die Anwendung des gesamten Strafrechts so hochwichtigen Punkt selbst zu regeln. Gerade die allgemeinen Bestimmungen des StGB. wollen so erschöpfend wie möglich sein, das Gemeinsame überall herausstellen und festsetzen.

Durch jene Untersuchung kann aber auch, ganz abgesehen davon, daß deren Ergebnisse mangels eines festen Stützpunktes nur unsicher und zweifelhaft ausfallen würden, das gewünschte Resultat nicht erreicht werden. *Köhler* will das Charakteristische darin finden, ob der Schuldinhalt bei einer begangenen Tat infolge des Rechtsirrtums nicht mehr den vorsätzlichen Angriff auf dasjenige rechtliche Schutzobjekt umfaßt, welches der Gesetzgeber durch die konkrete Strafdrohung schützen wollte. Zur richtigen Beantwortung dieser Frage soll die Untersuchung dienen: Betraf der Irrtum nur das Verbotensein, d. h. wußte der Täter alle übrigen Merkmale des Tatbestandes so, wie der Gesetzgeber ihr Wissen voraussetzt, mit Ausnahme des Merkmals, daß er dieses Tun verbietet? Daß mit dieser Unterscheidung

[1]) Köhler, Rechtsirrtum 82; dgg. vgl. Schweizer 85.

aber noch kein absolut gültiger Maßstab gewonnen ist, erkennt *Köhler*[1]) selbst an; damit haben wir aber die vom geltenden Recht möglichst vermiedene Gefühlsjurisprudenz. Die Untersuchung darüber, welches das vom Gesetzgeber durch die konkrete Strafdrohung[2]) geschützte rechtliche Schutzobjekt sei, versagt beim Polizeidelikt ganz.

Nach *Köhlers* Feststellung soll der Rechtsirrtum dann beachtlich sein, wenn sich dies aus der herkömmlichen Bedeutung des Deliktsbegriffs ergebe — z. B. bei der Defraudation — oder aus der Verschärfung der Strafdrohung, welche im Zweifel auf das Vorliegen auch einer höheren Schuld zu deuten sei, welch letztere möglicherweise nur gefunden werden könne in der Erkenntnis oder schuldhaften Nichtkenntnis eines bestimmten, im Tatbestand bezeichneten Rechtsverhältnisses, oder wie dies der Fall sei bei erst durch das Recht geschaffenen und durch die konkrete Strafandrohung intakt erhaltenen Objekten (z. B. Patent-, Urheberrecht) oder endlich hervorgehe aus dem örtlich wechselnden Begriffsinhalt von Rechtsausdrücken, z. B. Jagdbarkeit, Beamter.

Für die Praxis, welche ohne reinliche Scheidung der Begriffe und ohne feste Richtpunkte der schrankenlosen Willkür preisgegeben wird, ist ein solcher Maßstab unbrauchbar und umsomehr zu verwerfen, als das Gesetz hiezu auch nicht den geringsten Anhalt bietet.

Was insbesondere das Blankostrafgesetz betrifft, so verlangt *Köhler* die Kenntnis der Blankettnorm abgesehen von Fällen wie §§ 327 und 328 StGB. dann, wenn es sich um polizeiliche Vorschriften der mittleren und unteren Verwaltungsbehörden handelt, während bei Blankettnormen, die von der Zentralstelle für einen ganzen Einzelstaat ergehen, und bei lokalen Vorschriften, die sich an bestimmte Personen auf Grund ihres Wohnsitzes oder Gewerbes wenden, der Rechtsirrtum unbeachtlich sei.

Diese Argumentation verfolgt augenscheinlich nur den Zweck, einen objektiven Maßstab für die präsumtive Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums zu gewinnen, ein Vorgehen, das im geltenden Recht keine Stütze findet, vielmehr lediglich eine Erneuerung

---

[1]) Köhler, a. a. O. 33.

[2]) Richtig „Norm".

des Artikels 21 des bayerischen PStGB. von 1861 darstellt, deren Durchführung in der Praxis jedenfalls vielfach zu Unbilligkeiten führen würde. Dem Volke sind die in Gesetzen und die in Verordnungen niedergelegten Normen im allgemeinen gleich viel oder wenig geläufig; nur die von den untersten Verwaltungsbehörden erlassenen Vorschriften erlangen meist wegen ihrer eindringlicheren lokalen Bekanntmachung auch eine allgemeinere Kenntnis. Es ist daher willkürlich, der Behandlung des Rechtsirrtums eine solche Teilung zu Grunde zu legen, da in zahlreichen Fällen der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht hat, daß er kein Gewicht darauf lege, in welcher Form die Blankettnorm ergehen solle. Bei der Verschiedenheit der deutschen Bundesstaaten hinsichtlich ihres Territoriums und ihres Rechtszustandes ist das von *Köhler* aufgestellte Prinzip nicht verwertbar. Je kleiner der Bundesstaat, desto mehr vermag durch Gesetz oder allgemeine Verordnung geregelt zu werden, desto schlimmer also für den Untertanen! Wenn gar der Einzelstaat Verordnungen von mittleren und unteren Verwaltungsbehörden nicht kennt — vgl. Reuß, Lübeck —, dann gibt es wohl nach *Köhler* hier gar keinen beachtlichen Rechtsirrtum. Oder sollte es dann nur auf die Größe des Geltungsbereiches ankommen? Wo das Blankostrafgesetz nur auf partikulare Normen verweist, also auch das Landesrecht das normierende Organ bestimmt, wäre damit zugleich die Verfügung über Beachtlichkeit des Rechtsirrtums in die Hand des Landesrechts gelegt; das kann nicht der Wille des Gesetzes sein. Und wie denkt sich *Köhler* die Anwendung seines Vorschlags da, wo ein Fremder der Norm zuwiderhandelt, dem das inländische Recht überhaupt unbekannt ist?

Auch die Begründung, welche *Köhler* seinen Ausführungen hier gibt, ist nicht stichhaltig; er meint, wo ein Zuwiderhandeln gegen polizeiliche Vorschriften der unteren oder mittleren Verwaltungsbehörden vorliege, handle es sich um lokal verschiedene Ausnahmen von einem bestimmten, in der Regel erlaubten Tun oder Lassen, während bei der Blankettnorm in Form des Gesetzes oder der lokalen Polizeivorschrift der Gesetzgeber die Wirksamkeit der Strafsatzung unabhängig gestellt wissen wollte von dem Nachweis des Kennens oder Kennenmüssens der Norm. Indessen fehlt für eine solche Annahme nicht nur jeglicher Beweis, sondern

überhaupt jede Wahrscheinlichkeit; in der Zuständigkeitsregelung, die übrigens, wie erwähnt, der Gesetzgeber des Reiches in den meisten Fällen unterlassen hat, hat wohl bisher noch niemand einen Einfluß auf die Behandlung des Rechtsirrtums finden wollen. Und wenn die Normen der unteren Verwaltungsbehörden Ausnahmen von der Regel darstellten, so müßte dies bei *Köhlers* lokalen Polizeivorschriften wohl erst recht der Fall sein.

Einen anderen Weg schlägt in der Behandlung des Rechtsirrtums *Klee*[1]) ein; auch er kennt einen dem tatsächlichen Irrtum gleichstehenden Rechtsirrtum und hält im übrigen folgendes Merkmal für ausschlaggebend: „Kann sich die Rechtsordnung mit der Vorstellung des Täters identifizieren, hätte — seine irrige Auffassung des Sachverhältnisses zu Grunde gelegt — die Wirksamkeit auch vom Standpunkte des objektiven Strafrechts die vom Täter angenommene rechtliche Bedeutung, dann liegt ein Tatirrtum vor, wie er auch geartet sein möge. Ist es dagegen der Rechtsordnung nicht möglich, die Begriffe des Handelnden sich zu eigen zu machen, würde sie, wenn sie dies täte, sich selber aufgeben, dann ist ein unter keinen Umständen straflos machender Irrtum gegeben.“ Damit könnten, wie *Klee* meint, auch minder deutliche, minder unzweideutige Fälle entschieden werden. Ich halte aber dieses Vorgehen für verkehrt; nicht darauf kommt es an, ob die Rechtsordnung mit dem Täter sich identifizieren kann — das Rechtsgefühl und die Rechtskunde sind sehr verschieden, im allgemeinen auch nur wenig ausgebildet —, sondern allein auf die Tatsache, ob sich die Vorstellung des Täters mit der Norm deckt. Wie soll auch absolut einwandfrei festgestellt werden können, ob die Rechtsordnung sich mit den Begriffen des Handelnden, ohne sich selbst aufgeben zu müssen, identifizieren könne! Gerade bei polizeilichen Normen handelt es sich vielfach um örtlich durchaus verschiedene Gesetzgebungen, die oft wechseln und ineinander übergehen; hier hätte also dann nach *Klee* wohl fast jeder Rechtsirrtum Berücksichtigung zu finden.

Verschiedene Schriftsteller lehnen die Beachtlichkeit des Rechtsirrtums ab, weil diese mit den Prinzipien des Strafrechts im Widerspruch stehen würde. Hier wird bemerkt: „Diese Strenge

---

[1]) Klee 80, 84.

erfordert das Interesse der Allgemeinheit und also die Gerechtigkeit. Ein Gesetz, welches den Interessen der Gesamtheit förderlich ist, ist eben darum, weil es dies ist, aber nur deshalb ein gerechtes. Sobald es aufhört, sozial nützlich zu sein, wird es ungerecht. Einen anderen Wertmesser für das, was gerecht ist, als die Staatswohlfahrt gibt es nicht. Sind diese Sätze aber richtig, so leuchtet ohne weiteres ein, daß die in dem Eintreten für Entschuldbarkeit des Rechtsirrtums liegende scheinbare Humanität in Wahrheit eine Ungerechtigkeit, weil eine Inhumanität gegen die Gesamtheit ist".[1]) Nach dieser Ausführung gäbe es dann aber gar keinen beachtlichen Irrtum, während doch wohl unbestritten ist, daß wenigstens dem tatsächlichen Irrtum auch vom Standpunkte des geltenden Rechts aus Berücksichtigung zu teil werden muß. Ferner macht nicht allein der Zweck, der Gesamtheit förderlich zu sein, das Gesetz zu einem gerechten, sondern insbesondere die Art und Weise, wie jener regelmäßig vorhandene Zweck erreicht werden soll. Den Wertmesser für die Gerechtigkeit bildet nicht lediglich die Staatswohlfahrt; hinter dem Staat steht hier sein reales Substrat, die Masse der Einzelnen und der Einzelne selbst. Gerecht kann ein Gesetz nur dann sein, wenn es die Rücksichtnahme gegenüber diesen drei Faktoren wohlweise abwägt und keinem ohne zwingenden Grund zu nahe tritt. Das letztere wäre aber da der Fall, wo ohne Rücksicht auf den Willen des Handelnden Strafe angedroht und verhängt würde. Mit Recht weist *Beling*[2]) darauf hin, daß jegliche Rechtspflege nur Mittel zum Zweck, nicht Selbstzweck ist, daher das formelle Recht nicht über das materielle gestellt werden darf. Die Berücksichtigung des Rechtsirrtums ist nicht eine Ungerechtigkeit gegen die Gesamtheit, sondern als Ausfluß des Verschuldungsprinzips unbedingte Forderung der Gerechtigkeit.

Dies gilt auch für das Gebiet der polizeilichen Delikte, was schon für das preußische StGB. authentisch anerkannt wurde.[3]) Zunächst ist sicher, daß bei polizeilichen, insbesondere den blanko-

---

[1]) Heinemann, ZStW. 13 411; ähnlich Klee 49.

[2]) Beling, Lehre 180; ähnlich Köhler, Rechtsirrtum 115.

[3]) Goltdammer 2 709 f. Die Ansicht von Heinze, GS. 13 448, daß die Wirkung des Rechtsirrtums hier nicht von der Rechtswissenschaft, sondern der Politik festzustellen sei, darf wohl als überwunden gelten.

strafgesetzlichen Normen ein Rechtsirrtum sehr leicht möglich ist, ohne daß hieraus, weil ja jenes Unrecht „kulturell indifferent" ist,[1]) dem Uebertretenden ein Vorwurf gemacht werden könnte. Eine solche Unkenntnis ist naturgemäß am häufigsten bei Fremden, und zwar nicht nur Reichs-, sondern auch — gegenüber partikularen und lokalen Normen — Landes- und Ortsfremden; die Berücksichtigung dieses Umstandes ist schon um die Mitte des vorigen Jahrhunderts energisch gefordert worden.[2]) Sie hat aber nicht kraft einer speziellen Bestimmung zu erfolgen, sondern sich aus der Behandlung des Rechtsirrtums im allgemeinen zu ergeben.

Bar[3]) hält es für „besonders bedenklich", bei Polizeidelikten der Sorglosigkeit und Gleichgültigkeit, welche durch Berufung auf Rechtsirrtum gedeckt würde, gleichsam einen Freibrief auszustellen. Dieses Bedenken erweist sich jedoch als unbegründet; denn zunächst genügt nicht die bloße Berufung auf einen Rechtsirrtum, sondern es muß dessen Vorhandensein dem Richter zu dessen Ueberzeugung nachgewiesen werden. Die lügnerische Berufung auf Rechtsunkenntnis hat der Strafrichter ebenso wie alle übrigen Lügen des Angeschuldigten zurückzuweisen.[4]) Es wird aber auch nicht der Sorglosigkeit oder Gleichgültigkeit ein Freibrief ausgestellt, da ja, wie wir noch sehen werden, nur unverschuldeter Rechtsirrtum vor der auch bei fahrlässiger Zuwiderhandlung fälligen Strafe schützt, während eben die fahrlässige Unkenntnis Strafe auslöst. Damit ist auch wohl der Einwand *Klees*[5]) erledigt, daß es bei polizeilichen Satzungen gerade darauf ankomme, die Interessen des allgemeinen Wohles gegen die an sich nicht rechtswidrige (?) Willkür, Nachlässigkeit und Sorglosigkeit des Einzelnen zu schützen, weshalb die Unachtsamkeit auf die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen einen genügenden Entschuldigungsgrund für die ungesetzliche Handlung nicht

---

[1]) Mayer, Rechtsnormen 27; vgl. auch Kohler, JLBl. 3 180.

[2]) Heffter, Neues Arch. 12 268.

[3]) Bar, GS. 38 277; Wachenfeld in Holtzendorff-Kohler 2 265; Heinemann, Diss. 6.

[4]) Lorenz, Z. f. G. und R. 9 77; Binding, Normen 2 65; Rosenblatt, GS. 61 34 f.

[5]) Klee 48.

bilden könne. Das wollen wir aber auch gar nicht, es soll ja durch den Rechtsirrtum nur der dolus ausgeschlossen werden, während durch schuldhaft unterlassene Kenntnisnahme stets culpa, unter Umständen sogar dolus eventualis begründet wird.[1])

Endlich will man die Bestrafung trotz guten Glaubens damit rechtfertigen, daß der davon Betroffene „durch die kleine Geld- oder Gefängnisstrafe, die man ihm auferlegt, Ordnung, Vorsicht, Anstand lernen" möge.[2]) Daß aber die Strafe auferlegt werde, um zu belehren, ist sonst noch nie behauptet worden; sie ist stets, auch wenn sie nur gering ist, ein für eine Verfehlung auferlegtes Uebel, das, wenn es ungerecht verhängt wird, auf den Betroffenen vernichtend zu wirken vermag.[3])

Auch der Einheimische hat oft keine Ahnung von Existenz und Inhalt einer Norm; ein erfahrener Praktiker[4]) schreibt hierüber: „Es gibt heute überhaupt keinen Juristen mehr, der ohne geschriebene und gedruckte Hilfsmittel in allen Fällen mit Sicherheit sagen könnte, ob eine konkrete Handlung straflos oder als Uebertretung strafbar ist. Das natürliche Rechtsgefühl und das Gewissen sowie die Ansicht des berühmten Normalmenschen lassen uns bei Unterscheidung der straflosen Handlungen von den strafbaren Uebertretungen vollständig im Stich. . . . Unzählige Uebertretungen werden nicht aus bösem Willen oder aus grober Fahrlässigkeit, sondern aus Unwissenheit, Irrtum und Mißverständnis, aus Mangel an Lebenserfahrung und an Rechtskenntnis begangen." Die Normen haben sich in fast unübersehbarer Weise vermehrt und die Klagen über die Hochflut dieser Vorschriften sind allgemein.[5]) Auch die vielfach unklare, schwulstige Fassung derselben trägt sehr zur Verwirrung bei. „Gewissenhaftigkeit ist gewiß ein schönes Ding, aber Präzision, knappe Kürze ist auch etwas wert."[6]) Auch das andere Extrem findet sich; so hat z. B. die Münchener Polizeidirektion unterm 1. März 1872 eine Vor-

[1]) Weingart, a. a. O. 187 f.

[2]) Berner, Wirkungskreis 48; ähnlich Gessler, GS. 10 341.

[3]) Weingart, a. a. O. 191 f.

[4]) Rosenberg, ZStW. 22 82; vgl. Brater, BlAdmPr. 1 26; Goltdammer 2 706; PrVerwBl. 8 400.

[5]) Auer, Strafrecht 14; Edel, PStGB. von 1871 35; vgl. auch Goldschmidt, GoltdArch. 49 75; Bar, Gesetz 2 428.

[6]) Köhne 148.

schrift erlassen an „die in § 361 Ziffer 6 StGB. bezeichneten Personen", das Bezirksgericht München hat jene Norm für eine Bestrafung nicht zu verwerten gewagt, weil eine nur einigermaßen zureichende Bezeichnung der betroffenen Personen nicht gegeben sei, während der Bayerische Kassationshof die Bezugnahme auf § 361[6] a. a. O. für genügend erklärte.[1]) Es mußte also wohl jeder Laie, der jene Vorschrift las, sich vergewissern, ob er nicht zu den bezeichneten Personen gehöre!

Zuweilen werden Normen hervorgezogen, die weit entlegenen Zeitperioden angehören und von deren Vorhandensein manchmal sogar die Behörden keine Kenntnis besitzen.[2])

In anderen Fällen ist die Kenntnis der Norm überhaupt unmöglich, so bei Anordnung der Rückwirkung in Ausnahmefällen, wie z. B. bei dem oben (S. 81[4]) erwähnten G. vom 17. Juli 1881; ein solches Vorgehen ist nicht zu rechtfertigen. Weniger kraß liegt die Sache bei der am 30. Dezember 1871 verkündeten kaiserlichen VO. (RGBl. 475), welche ihr Inkrafttreten auf den 1. Januar 1872 festsetzt; doch konnten auch an diesem Tage nicht einmal die in der Heimat befindlichen Schiffer, geschweige denn die im Ausland sich aufhaltenden, von jener Vorschrift bereits Kunde haben. Hier trotzdem Beachtung der Norm fordern heißt Unmögliches verlangen, das zu leisten niemand gehalten ist.[3])

Die Praxis hat auch der Fall schon öfters beschäftigt, daß jemand in zweifelhafter Rechtslage bei einer Behörde sich Aufschluss erholt, von dieser aber unrichtigen Bescheid erhält. Begeht er nun im guten Glauben an die ihm erteilte Auskunft eine Normwidrigkeit, so erklärt — in Uebereinstimmung mit der französischen Praxis[4]) — die herrschende Meinung den von der staatlichen Behörde herbeigeführten oder unterstützten Rechtsirrtum für unbeachtlich, da ein solcher grundsätzlich auf einem Verschulden beruhe.[5])

In wohltuendem Gegensatz hiezu bewegt sich hier die Recht-

---

[1]) BayOG., Samml. 2 207.

[2]) Holtzendorff, Strafrechtszeitung 11 34.

[3]) Röder, GS. 26 25; Beling, Lehre 180; Bornhak 3 154.

[4]) Vgl. Bär, GS. 38 279.

[5]) RG., GoltdArch. 47 446; BayOG., Samml. 2 295; BayObLG. 1 84, 335; 4 177; OLGMünchenSt. 3 246, 387; 4 267; 5 294.

sprechung des Hanseatischen Oberlandesgerichts, welche zutreffend ausführt, daß bei dem guten Glauben des Zuwiderhandelnden die zur Bestrafung erforderliche Willensschuld fehle. [1])

In Erkenntnis des Umstandes, daß bei der großen Zahl und häufigen Aenderung der Normen der Rechtsirrtum immer häufiger wird, muß nicht nur betont werden, daß auf die Publikation der Normen größte Sorgfalt gelegt werde; es ist auch wiederholt der Wunsch ausgesprochen worden, das geltende Recht, insbesondere das augenscheinlich in Vergessenheit geratene, von Zeit zu Zeit wiederholt bekannt zu machen. In der Praxis besteht allerdings schon teilweise eine solche Gepflogenheit, es wird jedoch hievon ein viel zu seltener Gebrauch gemacht. Besonders wo sich die Fälle von Unklarheit oder Unkenntnis bezüglich einer Norm mehren, muß im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtspflege alsbald und möglichst wirkungsvoll die Republikation erfolgen.[2])

Zu weit gehen jedoch *Gneist*[3]) und *Holtzendorff,* welche Polizeiverordnungen nur für eine bestimmte Zeit Gültigkeit beimessen wollen, nach deren Ablauf die Vorschrift neuerdings zu publizieren sei. Jede solche Norm periodisch wiederholt veröffentlichen zu müssen, brächte für die damit befaßten Behörden eine ungeheure Arbeit und große Kosten mit sich, die andauernde Wiederkehr des Alten und schon Bekannten würde das Volk abstumpfen und gleichgültig machen. Es wäre auch bedenklich, bei einzelnen Normen einen von dem sonstigen geltenden Recht derart abweichenden Grundsatz aufzustellen, der nur zu allerlei Mißverständnissen und Unzuträglichkeiten führen würde.[4])

So wichtig theoretisch die Behandlung des Rechtsirrtums auch ist, praktisch spielt dieselbe beim Blankostrafgesetz nur eine untergeordnete Rolle, weil in den meisten Fällen schon die fahrlässige Normwidrigkeit bestraft wird, der durch Fahrlässigkeit bedingte Rechtsirrtum also hier die Strafe nicht ausschließt. Im letzteren Fall tritt dann die Strafe nicht wegen der schuldhaft unterlassenen Kenntnisnahme ein; denn hiefür einfach die

---

[1]) OLG. Hamburg, Entsch. 1 150, 151, 593. Richtig auch OLG. Rostock, DJZ. 11 828; OLG. Darmstadt, HessRspr. 8 26.

[2]) Mohl 1 49; Brater, a. a. O. 28 f.

[3]) Siehe Bar, a. a. O. 278.

[4]) Vgl. wegen der Form der Republikation; Gerland 76.

Strafe wegen Uebertretung der unbekannten Norm zu verhängen, wäre nicht nur unbillig, sondern auch ungesetzlich.[1]) Es geht auch nicht an, zu sagen, speziell beim Blankostrafgesetz bestehe der poenalisierte Erfolg im formellen Ungehorsam und dieser bleibe auch bei verschuldetem Rechtsirrtum bestehen; diese Auffassung[2]) haben wir schon oben (S. 21 f.) als an Aeußerlichkeiten haftend bekämpft, wie auch sogar *Bar* jetzt[3]) anerkennt, daß von Ungehorsam nur bei Kenntnis eines Gebots oder Verbots die Rede sein kann.

Gegenstand der Strafdrohung ist auch hier das vom Gesetzgeber mißbilligte, in der Blankettnorm näher bezeichnete Verhalten;[4]) indessen legt der Gesetzgeber keinen Wert darauf, ob hier das normwidrige Verhalten auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruht. Die Strafe wird dafür auferlegt, daß der Handelnde diesen Erfolg hat eintreten lassen, ohne sich über die tatsächliche und rechtliche Bedeutung seines Verhaltens vergewissert zu haben. Man darf nicht — wogegen *Berolzheimer*[5]) sich mit Recht wendet — die Fahrlässigkeit darin finden, daß die Normwidrigkeit schuldhafterweise nicht „vorhergesehen" wurde; denn das Vorhersehen ist kein Ausfluß des Willens, sondern des Verstandes. Der Strafrichter hat es aber nicht mit der Dummheit, sondern der Schlechtigkeit, nicht mit Verstandes-, sondern mit Willensdefekten zu tun.

Macht also der Angeklagte Rechtsirrtum, Irrtum über die Normwidrigkeit geltend, so muß geprüft werden, ob die Unkenntnis schuldhaft ist oder nicht; besonders bei Normen, die für bestimmte Personen oder Berufsklassen ergehen, wird der Irrtum öfter auf Fahrlässigkeit beruhen, da jene eben verpflichtet sind, sich mit den ihre spezielle Lebenssphäre beherrschenden Vorschriften bekannt zu machen.[6]) Wo jedoch ein unverschuldeter Irrtum über die Normwidrigkeit gegeben ist, erscheint, soferne nicht positive Vorschriften das Gegenteil bestimmen, wie z. B.

[1]) Vgl. Binding, Normen 2 60 ff.; Oetker, Rechtsirrtum 51; Allfeld 15; Simon, GS. 32 432.

[2]) Olshausen 1 257.

[3]) Bar, Gesetz 2 411.

[4]) Vgl. Guderian, ZStW. 21 859.

[5]) Berolzheimer, Entgeltung 420 f.; vgl. Buri, Abh. 182 f.

[6]) Buri, a. a. O. 185; Geßler, GS. 10 340 f.; Weingart, a. a. O. 194.

aus finanziellen Rücksichten der längst der Beseitigung harrende § 163 des Vereinszollgesetzes, die Straflosigkeit gerade bei den von uns behandelten Delikten sowohl in Uebereinstimmung mit dem Gesetze als auch der Volksanschauung,[1]) während die Praxis unserer Gerichte vielfach dem gesunden Volksverstand unbegreiflich bleibt, das Vertrauen auf die Rechtspflege untergräbt, der Nichtachtung von Recht und Gesetz Vorschub leistet und sonach das allgemeine Rechtsbewußtsein und mit ihm die Sittlichkeit des Volkes erheblich gefährdet.[2])

§ 24.
Das richterliche Prüfungsrecht.

Das Reichsrecht kennt keine ausdrückliche Sanktion des richterlichen Prüfungsrechts,[3]) insbesondere trifft auch Art. 2 der RV. hierüber keine Bestimmung. Nach allgemeinen Grundsätzen aber hat der Richter nur nach dem Gesetz zu urteilen und ist in Ansehung seiner richterlichen Tätigkeit keiner anderen Autorität als dem Gesetze unterworfen; damit ist ihm Recht und Pflicht geworden, das anzuwendende Recht auf seine formelle und materielle Gültigkeit zu prüfen. Positive Vorschriften über Umfang und Grenzen der richterlichen Rechtskontrolle bestehen nur nach Landesrecht,[4]) z. B. Art. 106 der preußischen Verfassung, wonach der Richter gehörig verkündete Gesetze und königliche Verordnungen nicht auf ihre Rechtsgültigkeit prüfen darf, Art. 15 des bayPStGB., der insbesondere auf die Blankettnormen Bezug hat.

An sich bedarf sowohl die Norm als auch die Strafsatzung einer eigenen richterlichen Prüfung.[5]) Was die letztere betrifft, so liegt beim Blankostrafgesetz ein Reichsgesetz vor, dessen Rechtsgültigkeit nach der herrschenden Ansicht[6]) vom Richter nicht nachgeprüft werden darf. Im übrigen bietet aber auch nur die Blankettnorm Stoff zu einer weiteren Betrachtung.

---

[1]) Ortloff, Strafbarkeitserkenntnis 124.
[2]) Loos, StrafrechtsZ. 10 348; Rosenberg, ZStW. 22 34; Seuffert 37f.
[3]) Kuhlenkamp, JW. 24 111 f.
[4]) Mannhardt, DJZ. 5 485 ff.
[5]) Binding, Normen 1 84.
[6]) Vgl. BayVGH. 25 289.

Gemäß Art 2 Satz 1 der RV. geht Reichsrecht dem Landesrecht vor; hierauf hat der Richter zunächst sein Augenmerk zu richten. Unter den Landesgesetzen im Sinne jener Vorschrift sind natürlich auch Polizeiverordnungen und -Verfügungen zu verstehen.[1]) Soweit es sich um materiell landesrechtliche Normen handelt, muß ferner geprüft werden, ob dieselben nach Partikularrecht gültig sind. Als Erfordernisse hiefür stellen sich insbesondere die folgenden dar: 1. daß die Regelung des bezüglichen Gegenstandes durch die jeweilige Blankettnorm landesrechtlich zulässig ist; 2. daß das normierende Organ hiezu zuständig ist; 3. daß beim Erlaß und bei der Bekanntmachung die gesetzlichen Formen gewahrt werden; 4. daß die Norm nicht mit Gesetzen oder Vorschriften übergeordneter Behörden im Widerspruch steht.[2])

Dagegen hat die Rechtskontrolle des Strafrichters da Halt zu machen, wo dem Ermessen des normierenden Organs ein Spielraum gelassen ist. So hat er nicht zu prüfen, ob die Erlassung der Norm notwendig oder zweckmäßig, die gewählte Publikationsart, wenn deren verschiedene zulässig und möglich sind, angemessen war.[3]) Die Entscheidung hierüber ist dem pflichtgemäßen Ermessen des Blankettempfängers überlassen.[4])

Dagegen kann ich der Entscheidung des BayOG.[5]) nicht beitreten, wonach den Gerichten keine Prüfung darüber zustehe, ob ein in gesetzlicher Weise beschlossenes und publiziertes Ortsstatut so publiziert wurde, wie es beschlossen war. Allerdings ist der Richter nicht von sich aus oder stets zu einer Prüfung in der bezeichneten Richtung veranlaßt. Hat er aber Grund, eine solche Diskrepanz zu vermuten, oder macht ein Beteiligter eine solche geltend, so muß auch hierüber der Richter sich vergewissern; denn wäre die Norm wirklich anders publiziert als sie beschlossen worden, so wäre die publizierte Vorschrift nicht

---

[1]) RGZ. 45 270; BayObLG., BayZR. 1 412; Holtzendorff, Strafrechtszeitung 11 32 f.

[2]) Vgl. BayOG., Samml. 5 76.

[3]) BayOG., Samml. 4 316.

[4]) Vgl. Art. 15 bayPStGB., § 17 des pr. G. vom 11. März 1850. BayOG., Samml. 4 308; 5 42; KG., GoltdArch. 39 356; 46 357; Reger 17 153; Arndt, Selbst. Verordnungsrecht 112; Schramm 61.

[5]) BayOG., Stengleins Z. 18 Beiblatt 33.

beschlossen und die beschlossene nicht publiziert, insoweit also Rechtsungültigkeit vorhanden.

Das RG[1].) hat einmal ausgesprochen, daß der Richter eine Verfügung nicht auf ihre Ausführbarkeit prüfen dürfe; auch dies ist unrichtig. Ist nämlich die Verfügung wirklich unausführbar, so ist sie zwar gleichwohl rechtsgültig; die Zuwiderhandlung kann aber, da dieselbe nicht schuldhaft ist, nicht bestraft werden. Der Richter hat also auch diesem Umstand Beachtung zu schenken.

Beim Blankostrafgesetz ist ferner zu prüfen, ob sich die Norm in dem vom Strafgesetz vorgezeichneten Rahmen bewegt, da sie ja nur in diesem Fall mit der Strafsanktion des Blankostrafgesetzes ausgerüstet ist.[2]) Dagegen hat der Strafrichter nicht zu untersuchen, ob bei Erlaß der Norm diejenigen Tatsachen vorgelegen sind, von deren Vorhandensein das Blankostrafgesetz die Normierung abhängig macht, z. B. bei § 328 StGB., ob wirklich eine Seuchengefahr bestand. Dem Strafrichter muß es genügen, wenn die Norm jene Voraussetzung ausdrücklich als gegeben erwähnt;[3]) diese Konstatierung ist zur Gesetzmäßigkeit der Norm erforderlich und ausreichend, für die Richtigkeit derselben ist, obwohl dies nicht ganz unbedenklich ist, das normierende Organ verantwortlich. Es handelt sich eben auch hier um die Frage der Notwendigkeit der Normgebung; wo hingegen jene sachliche Unterlage zum Tatbestandsmerkmal gemacht ist, muß der Richter auch dessen Vorhandensein aus der Publikation feststellen und nachprüfen können.[4])

Um eine bloße Ordnungsvorschrift dreht es sich da, wo die Vorlage bundesratlicher Normen an den Reichstag zu erfolgen hat; da von der Beachtung dieser Bestimmung die Rechtsgültigkeit der Norm unabhängig ist, hat der Richter sich mit der Prüfung dieser Frage auch nicht zu befassen.

Kommt der Strafrichter zu dem Ergebnis, daß die Norm ungültig ist, so ist er natürlich nicht befugt, dieselbe auch formell

---

[1]) RG. 29 52.

[2]) RG. 20 179.

[3]) Vgl. RG. 23 259; 24 425; JW. 34 245, 755; BayObLG. 4 414; OLG-MünchenSt. 2 86, 231; 6 108; 8 162; BayOG., Samml. 7 118; 8 85.

[4]) Kitzinger, Darstellung, a. a. O. 147; Rosin, PolizeiverordnungsR. 26. Richterliche Beweisaufnahme hierüber unzulässig: KGJ. 23 C 1.

außer Kraft zu setzen, — dies würde gegen das auch für uns gültige Prinzip der Gewaltenteilung verstoßen —, er kann nicht einmal einen autoritativen Anstoß zu ihrer Beseitigung geben. Das Urteil kann nur dahin lauten, daß die Norm der Verbindlichkeit entbehrt und daher eine von Straffolge begleitete Zuwiderhandlung hiegegen nicht möglich ist. Es handelt sich sonach, um dies schon hier vorwegzunehmen, bei der Entscheidung dieses Punktes um ein Stück der Schuldfrage, deren Beantwortung sich nach § 262 der StPO. richtet.[1])

Gerade aber bei der Blankettnorm ergeben sich vielfach unliebsame Resultate, wenn der Strafrichter die Norm als ungültig oder blankettwidrig, das normierende Organ sie als rechtswirksam und dem Blankett entsprechend erachtet; es wird dann die Norm nicht aufgehoben, die Uebertretung aber nicht bestraft.[2]) Ein weiterer Uebelstand liegt auch darin, daß in zweifelhaften Fällen — und solche gibt es auf diesem Gebiete genug — das eine Gericht der Norm den Strafschutz versagt, das andere an ihrer Verbindlichkeit festhält und denjenigen bestraft, welcher im Vertrauen auf jene freisprechenden Präjudizien die Zuwiderhandlung begangen hat.

Noch empfindlicher ist die Folge, die sich aus der Ausschließung des Verwaltungsrechtsweges ergibt, wie dies z. B. durch Art. 13 Ziffer 1 des bayerischen G. vom 8. August 1878 geschehen ist, wohl um einen Konflikt zwischen dem Straf- und Verwaltungsrichter zu verhindern. In solchem Falle kann der Einzelne eine richterliche Entscheidung darüber, ob ihm etwas rechtmäßig bei Strafe geboten oder verboten ist, nur auf die Gefahr einer Bestrafung hin erlangen.[3]) Wenn auch derjenige, welcher sich durch eine von einer Verwaltungsbehörde erlassene Vorschrift beschwert erachtet, im Wege der Beschwerde hiegegen bei der vorgesetzten Behörde um Abhilfe nachsuchen kann — vgl. Art. 14 des bayerischen PStGB. —, so handelt es sich hier vor allem um keine richterliche, sondern um eine im Aufsichtswege ergehende Entscheidung, die im allgemeinen dem Betroffenen

---

[1]) Ueber diesen Punkt beim Schwurgericht siehe unten S. 144 ff. und Oetker, Verfahren 596, 618 ff.

[2]) Vgl. Seydel, Staatsrecht 3 5.

[3]) Seydel a. a. O.

wenig Aussicht verspricht. Es ist aber auch jenes Mittel zu ferneliegend und umständlich, als daß es nur einigermaßen praktisch werden könnte.[1])

Mit Rücksicht auf diese Tatsachen hat man vorgeschlagen, es solle der Strafrichter in zweifelhaften Fällen die Entscheidung eines aus Justiz- und Verwaltungsbeamten zusammengesetzten Gerichtshofes anrufen, ehe er sein Urteil fälle, und an das Erkenntnis jenes gemischten Gerichtshofes hinsichtlich der Verbindlichkeit der Norm gebunden sein.[2]) Eine derartige Bestimmung unterläge jedoch den erheblichsten Bedenken. Sie wäre eine bedauerliche Durchbrechung des im modernen Recht ausgeprägten Grundsatzes, daß die Justiz durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Richter ausgeübt werde, die ihre Entscheidungen einzig und allein nach ihrer freien Ueberzeugung zu fällen haben. Ein solches Verfahren würde auch die Autorität sowohl der Justiz als der Verwaltung untergraben und doch nur prekäre Resultate ergeben, da es jedem Richter freistehen würde, die Norm glattweg als wirksam zu behandeln und demgemäß von der Veranlassung einer Vorentscheidung abzusehen.

Ein anderer Vorschlag geht dahin, man solle vor dem Erlaß administrativer Blankettnormen auf Antrag eines Mitgliedes der normierenden Behörde den höchsten Verwaltungsgerichtshof entscheiden oder die Normen durch einen Staatsrat auf ihre Rechtsgültigkeit prüfen lassen, daß dagegen, sobald die Norm erlassen sei, eine Prüfung derselben hinsichtlich der Rechtsgültigkeit vor dem Strafrichter ausgeschlossen sei.[3]) Allein auch hier würde die Ueberzeugung des Richters vollständig beiseite gesetzt und an die Entscheidung anderer Organe gebunden. Der Vorschlag leidet ferner daran, daß doch stets die Prüfung der Rechtsgültigkeit in dem Zeitpunkte stattzufinden hat, wann die Norm angewendet werden soll; denn die gültig erlassene Norm kann sehr wohl durch eine lex posterior außer Wirksamkeit gesetzt werden. Es geht daher nicht an, schon bei Er-

---

[1]) Vgl. OLGMünchenSt. 1 149; 10 93; BayOG., Samml. 5 453; OLG. Stettin, GoltdArch. 45 293.

[2]) Anonymus, BlAdmPr. 16 2 f.

[3]) Kirchenheim, Einführung 36 f.

lassung der Norm ihre Wirksamkeit ein für allemal endgültig auszusprechen.

Mit der gegenwärtigen Rechtslage steht in krassem Widerspruch die Ausführung *Bernatziks*,[1]) wonach Meritalentscheidungen der Verwaltungsbehörden und -Gerichte für den ordentlichen Richter bindend sein sollen, dessen Unabhängigkeit hinreichend gewahrt bleibe, wenn er verwaltungsrechtliche Vorfragen solange selbständig prüfen und incidenter feststellen dürfe, als die kompetenten Organe nicht selbst hierüber eine Entscheidung gefällt hätten.

Neuerdings[2]) wird geltend gemacht, daß das richterliche Prüfungsrecht nur geringen Wert besitze, weil die Verwaltung die Norm allein erlassen könne und damit schon eine Unterordnung der Justiz unter die Verwaltung bedingt sei. Man verlangt daher Beteiligung der Gerichte beim Erlaß von Polizeivorschriften und findet hierin nicht nur eine Garantie für deren formelle und materielle Rechtsgültigkeit, sondern auch die Gewähr für eine korrekte und verständige Fassung. Nun ist allerdings sicher, daß bei solchem Verfahren dem übereilten Erlaß von Normen ein Riegel vorgeschoben und der Mangelhaftigkeit wesentlich vorgebeugt werden würde. Allein alle Zweifel über die Rechtsgültigkeit könnten auch dadurch keineswegs behoben werden, da die richterliche Rechtskontrolle durch jene vorgeschlagene Mitwirkung der Gerichte nicht ausgeschlossen werden kann. Nun ist es aber auch fraglich, welchem Gerichte eine solche Mitwirkung zustehen sollte, z. B. bei ortspolizeilichen Normen dem zuständigen Amts- oder Landgerichte? Hätte nun etwa das Landgericht mitgewirkt, so könnte gleichwohl jedes untergeordnete Schöffengericht, ja überhaupt jedes Gericht nach seinem Ermessen entscheiden. Wem sollte übrigens die Mitwirkung zustehen, dem Landgerichtspräsidium oder den Strafkammern? Und wem bei Normen höherer Art, z. B. bei den bayerischen oberpolizeilichen Vorschriften? Endlich ergibt sich auch hier das Bedenken, daß die ursprünglich gültige Norm doch hinterher ihre Wirksamkeit verlieren, die Frage nach ihrer Gültigkeit also stets von neuem auftauchen kann.

---

[1]) Bernatzik 232, 242.

[2]) Frank, ZStW. 18 745 ff.; JKV. 7 197; 9 107.

Aber doch verdient *Franks* Vorschlag Beachtung; denn die Mitwirkung von Justizbeamten wird sich, wenn auch Zweifelsfragen und Meinungsverschiedenheiten dadurch nicht ausgeschlossen werden, für die Rechtspolitik und Rechtssicherheit nützlich erweisen. Die Zuziehung der Gerichte halte ich jedoch nicht für angebracht, da dem Richter die Bildung seiner Ueberzeugung stets gewahrt bleiben muß und nicht durch seine etwaige frühere Mitwirkung bei Feststellung der Norm beeinträchtigt werden darf. Unser Vorschlag geht dahin, die beschlossene Norm vor der Bekanntmachung unmittelbar der obersten Justizverwaltungsbehörde des jeweiligen Bundesstaates — es kommen hier doch nur partikulare Normen in Betracht — zur Begutachtung vorzulegen. Es wird zwar nicht deren Zustimmung als unbedingt erforderliche Voraussetzung für den schließlichen Erlaß der Norm festgelegt werden; es genügt, wenn so Gelegenheit zu einer Aussprache zwischen Justiz und Verwaltung geschaffen ist. Nimmt die letztere einen von der Justizbehörde abweichenden Standpunkt ein, so muß sie sich darauf gefaßt machen, daß die dennoch erlassene Norm von dem einen oder anderen Gericht als ungültig erachtet werden wird. Anderseits wird durch ein derartiges Verfahren auch der Rechtsprechung nicht eine Befugnis eingeräumt, die ihr der Natur der Sache nach nicht zukommt, und der Verwaltung nach außen hin ihre Autorität gewahrt.

IV. Abschnitt.

Strafprozessrechtlicher Teil.

§ 25.

Blankettnorm und Strafgesetz im Sinne der StPO.

Wie oben dargelegt, gipfelt die herrschende Meinung, insbesondere die Praxis der Gerichte, darin:

Im Sinne des § 2 Abs. 2 StGB. ist die Blankettnorm kein Strafgesetz; wohl aber ist sie dies für die Anwendung des § 59 a. a. O. Was nun ihre Qualifikation für das Strafprozeßrecht betrifft, so ist unbestritten, daß die Blankettnorm als „Gesetz" im Sinne der StPO. zu gelten hat gemäß § 7 des EG. hiezu. Eine Verletzung derselben wird daher von § 376 StPO. getroffen, ohne daß es auf Quelle oder Inhalt der Blankettnorm ankommt.[1]) Auch die „Verwaltungsvorschriften" der Reichsverfassung und der Blankostrafgesetze enthalten, soweit sie in die Freiheit der Person oder des Eigentums eingreifen, Rechtsnormen.[2])

Auch die Praxis erkennt an, daß im allgemeinen die Blankettnorm eine revisible Rechtsnorm darstellt.[3]) Nur wo das Blankostrafgesetz durch eine konkrete Maßregel seine Ergänzung findet, wird der Begriff der Rechtsnorm negiert und die Berücksichtigung in der Revisionsinstanz abgelehnt, weil das Generelle, Abstrakte

[1]) Kries 670.

[2]) Vgl. oben S. 39, 49.

[3]) Vgl. RG. 15 208; 28 196; 31 128; 36 362; JW. 33 192, sowie Arndt in Birkmeyers Enzyklopädie 816 Note 3.

der Rechtsnorm wesentlich sei.[1]) Wie wir schon oben (S. 29) gesehen haben, bildet allerdings in zahlreichen Fällen die Verfügung lediglich einen Tatumstand, in dessen Würdigung das Revisionsgericht nicht einzutreten vermag; allein beim generellen Blankostrafgesetz muß — vgl. oben S. 49 — auch die individuell ergehende Maßnahme, wo eben sie allein den Tatbestand schafft, als Blankett- und Rechtsnorm anerkannt werden, weil es sonst an einer solchen hier gänzlich fehlen würde, eine Strafsatzung ohne Norm sich aber nie verwirklichen kann. Die Natur der Anordnung im einzelnen Fall als eines Verwaltungsaktes kann nicht, wie das RG.[2]) irrig annimmt, der Annahme einer Rechtsnorm entgegenstehen; auch generelle Polizeiverordnungen gehen von Verwaltungsbehörden aus und sind unbestritten revisibel. Das Gesetz enthält keine Begriffsbestimmung der „Rechtsnorm"; es ist ferner in keiner Weise angedeutet, daß eine solche nicht auch für einen speziellen Fall ergehen könnte, und es entspricht sicherlich dem Geiste der Prozeßordnung, daß diejenige Anordnung, welcher zuwidergehandelt wird, auch der Prüfung des Revisionsgerichts untersteht, mag sie nun generell oder speziell ergangen sein.

Eine interessante Frage ergibt sich für das preußische Recht. § 123 Ziffer 3 des GVG. statuiert die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte für die Verhandlung und Entscheidung über die Revision gegen Urteile der Strafkammern in erster Instanz, sofern die Revision ausschließlich auf die Verletzung einer in den Landesgesetzen enthaltenen Rechtsnorm gestützt wird. Unter die hier bezeichneten Landesgesetze fallen selbstverständlich alle partikularen Blankettnormen jeglicher Art.

Hingegen bestimmt der gemäß § 9 des EG. zum GVG. ergangene § 50 des preußischen AG. zum GVG.: „Das Oberlandesgericht Berlin ist ausschließlich zuständig für die Verhandlung und Entscheidung . . . über die Revisionen gegen Urteile der Strafkammern in der Berufungsinstanz . . ., soferne eine nach Landesrecht strafbare Handlung den Gegenstand der Untersuchung bildet". Es fragt sich nun, ob Blankostrafgesetze mit partikularer

---

[1]) Vgl. RG. 20 180; GoltdArch. 45 50; BayObLG. 2 65; 4 318.

[2]) RGZ. 45 270; vgl. auch KG., GoltdArch. 40 349.

Norm hierunter fallen, was vom KG.[1]), OLG. Marienwerder[2]) und anscheinend auch vom OLG. Frankfurt[3]), ferner von *Rödenbeck*[4]), *Dalcke*[5]) und *Löwe*[6]) angenommen wird mit der Begründung, daß das reichsrechtliche Blankostrafgesetz nur den Rahmen für die zu erlassenden landesrechtlichen Normen bilde, erst durch diese einen strafgesetzlichen Inhalt bekomme und sohin erst durch die Norm zu einem wahren und selbständigen Strafgesetz werde.

Die entgegengesetzte Ansicht wird vertreten vom ehemaligen PrOTr.[7]), von den Oberlandesgerichten Celle[8]) und Stettin[9]) und von *Kries*;[10]) sie ist auch die richtige. Die gegenteilige Meinung verwechselt die nach Landesrecht strafbare mit der nach Landesrecht verbotenen Handlung oder Unterlassung. Es liegt gerade im Wesen des Blankostrafgesetzes, daß die Norm nicht vom Schöpfer der Strafsatzung ausgeht; es sind daher diejenigen Handlungen und Unterlassungen, mit welchen sich preußische Blankettnormen beschäftigen, zwar nach dem preußischen Landesrechte ge- oder verboten, aber nicht nach diesem, sondern nach Reichsrecht strafbar. Es ergibt sich dies schon daraus, daß eben das reichsrechtliche Blankostrafgesetz die Strafbestimmung enthält und daß diese die Blankettnorm eo ipso umfaßt, ohne daß das normierende Organ sich hierüber auszusprechen hat.[11])

Es ist demnach in den bezeichneten Fällen nicht das Kammergericht ausschließlich, sondern das jeweilige Oberlandesgericht zuständig.

Bestritten ist auch die weitere Frage, ob die Blankettnorm die Eigenschaft des „Strafgesetzes" besitzt. Zunächst steht soviel fest, daß sie eine strafrechtliche Bestimmung in dem Sinne

---

[1]) KGJ. 4 265.
[2]) OLG. Marienwerder, GoltdArch. 42 418.
[3]) OLG. Frankfurt, GoltdArch. 49 160.
[4]) Rödenbeck 77 Note 113.
[5]) Dalcke, GoltdArch. 45 294*).
[6]) Löwe 14.
[7]) PrOTr., GoltdArch. 25 63.
[8]) OLG.Celle, GoltdArch. 52 115; 53 187.
[9]) OLG. Stettin, GoltdArch. 45 293; vgl. auch OLG. Cöln, GoltdArch. 51 378.
[10]) Kries 669.
[11]) Siehe oben S. 56 f.

bildet, daß sie wesentlich für das Strafrecht in Betracht kommt, aber nicht ausschließlich strafrechtlichen Charakters ist.[1]) Jedenfalls kann die zeitliche oder räumliche Nähe, in welcher die Norm zur Strafsanktion steht, nicht ins Gewicht fallen, da dieses Verhältnis nur ein äußerliches und zufälliges ist.[2]) Was die hier zur Erörterung gestellte Frage selbst betrifft, so verneint das RG. die Strafgesetznatur der Blankettnorm in einer Reihe von Entscheidungen[3]) ohne Begründung. Dagegen erkennt es an anderer Stelle[4]) an, daß die Blankettnorm mit dem Strafgesetze ein Ganzes bilde, welcher Ansicht *Lucas*,[5]) *Stengel*[6]) und *Rotering*[7]) beitreten.

Beim normalen Strafgesetz besteht nun auch prinzipieller Streit über die Natur der Norm. *Binding*[8]) bestreitet deren strafgesetzliche Natur mit dem Hinweis darauf, daß die Normen zwar die notwendigen Voraussetzungen der Strafgesetze, aber nicht deren Bestandteile seien, daß sie vielmehr, weil sich in ihnen stets die obrigkeitliche Gewalt als solche im Befehle an ihre Untergebenen als solche betätige, allesamt selbständige Sätze des öffentlichen, aber nie des Strafrechts seien. Diese Ansicht muß natürlich von all denjenigen bekämpft werden, welche die Norm mit dem Strafgesetz entstehen lassen wollen, also ihre exoterische Natur überhaupt leugnen.[9])

Eine Entscheidung dieser Kontroverse, die den Rahmen unserer Untersuchung weit überschreiten würde, ist hier nicht veranlaßt; denn für das Gebiet der Blankostrafgesetze kann die Selbständigkeit der Norm nicht bestritten werden. Dieselbe kommt nicht schon mit dem Strafgesetz zur Entstehung, sondern ist ihrem Wesen nach unabhängig von jenem; sie ist nicht Bestandteil des Strafgesetzes und kann auch nicht als solches bezeichnet werden.

---

[1]) Vgl. BayObLG. 1 153 und OLGMünchenSt. 2 9.

[2]) Vgl. Köhler, a. a. O. 29.

[3]) RG. 28 196; 36 362; JW. 33 192; GoltdArch. 45 51; vgl. auch PrOTr., GoltdArch. 22 494.

[4]) RG. 26 266; 31 255; 37 391; vgl. auch BayOG., Samml. 3 330; 4 191.

[5]) Lucas, Verschuldung 138; Anleitung 152; dgg. Verschuldung 95.

[6]) Stengel, Organisation 31.

[7]) Rotering 48.

[8]) Binding, HB. 1 164.

[9]) Vgl. Zucker, ZStW. 9 271 ff.; Oetker, GoltdArch. 26 266.

Die Eigenschaft, bei Zuwiderhandlung Straffolge auszulösen, ist ihr nicht wesentlich, ein Hinweis auf das Blankostrafgesetz durchaus zufällig. Dadurch, daß das Blankostrafgesetz generell auf die Norm sich bezieht, dieselbe zur Aufstellung oder Ergänzung des gesetzlichen Tatbestandes erfordert, wird die Norm selbst nicht zum Strafgesetz; sonst wäre durch § 69 des PStG. auch das BGB. zum Strafgesetz geworden!

Die Blankettnorm hat jene Eigenschaft aber auch nicht nach der Ausdrucksweise unserer Strafprozeßordnung. Dieselbe verlangt in §§ 205 und 266, daß im Eröffnungsbeschlusse und dem auf Strafe lautenden Urteile das anzuwendende bzw. das zur Anwendung gebrachte „Strafgesetz" zu bezeichnen ist. Unter dem letzteren versteht das Reichsgericht[1]) „nicht unbedingt jede strafgesetzliche Vorschrift, die zur rechtlichen Voraussetzung des Urteils gehört, sondern nur diejenigen Vorschriften, welche den gesetzlichen Deliktsbegriff nach irgend einer Richtung definieren, unter den der Richter die Tat subsumiert". Diese Definition ist sicherlich für § 266 zu enge; der Richter hat nicht nur das vom Angeschuldigten begangene Delikt, sondern auch die hiedurch verwirkte Strafe festzustellen. Gerade in der zweiten Tätigkeit ergeht sich erst die „Anwendung" des Strafgesetzes; wir verstehen daher unter Strafgesetz im Sinne der letztbezeichneten Gesetzesstelle alle jene strafrechtlichen Bestimmungen, die der Richter beim Schuld- und Strafausspruch anzuwenden hat.

Hierunter fällt nun zwar die Blankettnorm an sich nicht; sie muß aber aus dem Grunde im Eröffnungsbeschluß und im Strafurteil zitiert werden, weil nur dadurch der Richter die „gesetzlichen Merkmale" der strafbaren Handlung darstellen kann. Nicht das Zuwiderhandeln gegen die Norm bildet den Tatbestand und die gesetzlichen Merkmale, diese werden erst von der Blankettnorm vollständig ausgeprägt.[2]) Aus diesem Gesichtspunkt hat also der Richter die Blankettnorm zu zitieren.

Es kommt hier nun weiter der § 264 StPO. in Betracht, wonach der Angeklagte auf Grund eines anderen als des im Eröffnungsbeschlusse genannten Strafgesetzes nicht verurteilt werden darf, ohne daß er zuvor auf die Veränderung des rechtlichen

[1]) RGRspr. 5 176.

[2]) Vgl. Ostern 79 ff.; Beling, Lehre 160; a. A. Rödenbeck 72.

Gesichtspunktes besonders hingewiesen und ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben worden ist.

Ehe wir die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf das Blankostrafgesetz erörtern, stellen wir fest, daß dasselbe ein sog. Mischgesetz darstellt, d. h. ein Strafgesetz, dessen Tatbestand aus mehreren Gliedern besteht und dessen Strafe eintreten soll, wenn auch nur eines der Glieder der Tatbestände verwirklicht ist.[1]) Aeußerlich zeigt sich vielfach diese Mischgesetznatur nicht und sie muß auch von denjenigen bestritten werden, welche lediglich den Ungehorsam als den Tatbestand des Blankostrafgesetzes erachten; in Wirklichkeit enthält normalerweise das Blankostrafgesetz unbestimmt viele und verschiedene Tatbestände je nach Art, Zahl und Inhalt der Blankettnormen.

Wir unterscheiden nun — jedoch unter Ablehnung von *Wertheimers* Terminologie[2]) — zweierlei Tatbestände, die Alternativ- und die Mischtatbestände; die ersteren sind jene, „bei denen die Verschiedenheit der Handlung und der begleitenden Umstände an der Einheitlichkeit des Delikts nichts zu ändern vermag und bei denen der Gesetzgeber nur deshalb mehrere Tatbestände an einander gereiht hat, weil für die sämtlichen denkbaren Begehungsfälle des Delikts eine einheitliche, sie alle deckende Formel nicht zu finden war". Dagegen sind Mischgesetze diejenigen, „die kein einheitliches Verbrechen, sondern mehrere von dem Gesetzgeber aus irgend welchen Gründen zusammengefaßte Delikte enthalten".

Betrachten wir unter diesem Gesichtspunkt das Blankostrafgesetz, so finden wir an den verschiedenen Reaten, welche dasselbe involviert, gemeinsam nur die formale Zuwiderhandlung gegen die Norm. Im einzelnen aber stehen sich entweder die verschiedenen Uebertretungen der Norm ganz selbständig gegenüber oder es kann die Blankettnorm auch Tatbestände von Alternativnatur aufstellen, so daß also nur jeweils auf Grund der einzelnen konkreten Normen bestimmt werden kann, ob ein Fall des Alternativ- oder des Mischgesetzes vorliegt. Denn alle möglichen Tatbestände, welche durch Ausfüllung des Blanketts geschaffen werden können, bilden nicht ein einheitliches Delikt, auf

[1]) Binding, Normen I 109; Wertheimer 1.

[2]) Vgl. hierüber Oetker, Verfahren 279.

dessen einzelne Modifikationen der Gesetzgeber keinen Wert gelegt hätte; vielmehr ist hier eine dem Gesetzgeber selbst unbekannte und auch der Zahl nach unübersehbare Reihe von Tatbeständen, die inhaltlich die größten Verschiedenheiten aufweisen oder als Modifikationen eines und desselben Deliktes erscheinen können,[1]) unter einer einheitlichen Strafdrohung zusammengefaßt.

Es entsteht somit auch die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz, wenn eine und dieselbe Handlung mehrere, zu demselben Blankostrafgesetz gehörige Blankettnormen verletzt. Hiebei ist hervorzuheben, daß § 73 StGB., der hiefür in Betracht kommt, von der Verletzung mehrerer Strafgesetze spricht, während doch für die verschiedenen Blankettnormen nur ein einziges und einheitliches Strafgesetz vorhanden ist. Wir müssen aber annehmen, daß das StGB. an den hier behandelten Fall offenbar nicht gedacht hat, und können der Meinung *Wertheimers*[2]) beitreten, daß in dem jeweils zur Anwendung gelangenden Falle ebensoviele Strafgesetze als Tatbestände anzunehmen seien, da die einzelnen Tatbestände als durchaus selbständige, vom Gesetzgeber nur einheitlich zusammengefaßte Verbrechen und daher so zu behandeln seien, als ob jeder Tatbestand für sich gesondert in einer eigenen Gesetzesstelle stände und selbständig mit der betreffenden Strafdrohung verbunden wäre. In diesem Sinne ist mithin jeder Mischtatbestand, verbunden mit der Strafdrohung des Blankostrafgesetzes, ein selbständiges Strafgesetz, sodaß ein mehrere solcher Mischtatbestände enthaltendes Mischgesetz im Sinne des § 73 a. a. O. „mehrere Strafgesetze" darstellt.

Allerdings konkurrieren in unserem Falle zwei Strafgesetze mit völlig gleicher Strafdrohung und der Zuwiderhandelnde wird praktisch stets auf Grund derselben Gesetzesbestimmung bestraft; allein für die Bemessung der Strafe, insbesondere auch für die Frage der Rückfälligkeit, und wegen der Gestaltung der Urteilsformel[3]) ist auch die Idealkonkurrenz hier von Bedeutung.

Wer also z. B. durch eine und dieselbe Handlung mehreren gemäß § 145 StGB. erlassenen kaiserlichen Verordnungen zuwiderhandelt, hat sich ebensovieler, in Idealkonkurrenz zu ein-

[1]) Vgl. Bar, Recht und Beweis 205.

[2]) Wertheimer 9 f. Melzer, SächsArch. 1 25, schweigt hierüber.

[3]) Vgl. RG. 27 86.

ander stehender Vergehen schuldig gemacht, deren einheitliche Abstrafung nach § 145 StGB. erfolgt.[1])

Hieraus ergibt sich auch unsere Stellungnahme bezüglich § 264 StPO.; es ist auch hier eine extensive Interpretation am Platze, will man nicht zu unannehmbaren Resultaten gelangen. Bei streng wörtlicher Auslegung des genannten Paragraphen wäre ein Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes nicht notwendig, wenn der Angeklagte wegen Zuwiderhandlung gegen eine andere, demselben Blankostrafgesetz zu Grunde liegende Norm verurteilt werden soll als der Eröffnungsbeschluß bezeichnet. An sich wird ja der Angeklagte in jedem Falle auf Grund desselben Strafgesetzes verurteilt, wennschon es sich möglicherweise um zwei ganz verschiedene Delikte handelt. Wir finden aber, daß sich das Blankostrafgesetz doch als ein anderes darstellt, wenn die ihm zu Grunde liegende Norm und damit der Tatbestand wechselt. Das Blankostrafgesetz enthält seiner Natur nach soviele Strafgesetze als verschiedene Normen und Normübertretungen existieren; man wandle nur das Blankostrafgesetz in die entsprechende Anzahl von normalen Strafgesetzen um, indem man jede einzelne Norm gesondert in das Blankostrafgesetz einstellt. Der Umstand, daß es sich hier um die Form des Blankostrafgesetzes handelt, kann zu einer Außerachtlassung des § 264 StPO. nicht führen.[2])

Es geht aber zu weit, diese Bestimmung in allen Fällen der Tatbestandsänderung heranzuziehen;[3]) bei Alternativtatbeständen, die nur verschiedene Modalitäten eines Delikts sind, liegt jener Hinweis nicht in der Absicht des Gesetzes, welches ja hier fast ausschließlich vom Gesichtspunkt der Verteidigung des Angeklagten ausgeht, eine Rücksichtnahme, die bei Alternativtatbeständen nicht geboten ist.

Es ist also in jedem einzelnen Falle zunächst das Verhältnis der Tatbestände, deren Misch- oder Alternativ-Natur, zu ermitteln.

---

[1]) Binding, HB. 1 560 Note 1; Wertheimer 36.

[2]) Vgl. RG., JW. 34 246; Wertheimer 21; Oetker, Verfahren 294.

[3]) So z. B. Löwe 643.

§ 26.
Feststellung und Fragestellung.

Die vorhergehende Betrachtung führt uns unmittelbar zu der Frage nach der alternativen Feststellung, deren Zulässigkeit an sich unbestritten ist.[1])

Das RG.[2]) hat seinen Standpunkt dahin präzisiert: „Die Frage der Zulässigkeit alternativer Fragestellung fällt insoweit zusammen mit der Frage der Zulässigkeit alternativer Feststellung im Urteile. Eine solche ist zuzulassen, wenn der Tatbestand einer in einem konkreten Strafgesetze bezeichneten Handlung alternativ verschiedene Umstände als Ausführungsarten desselben Delikts vorsieht, es sich also um gleichwertige Ausführungsarten des gesetzlichen Tatbestandes desselben individuell bestimmten Reates handelt und die gesetzliche Strafe für jede der Alternativen dieselbe ist."

Damit hat eigentlich auch das Reichsgericht den Unterschied zwischen Alternativ- und Mischtatbeständen anerkannt, nachdem es unbewußt schon in ständiger Rechtsprechung jenen Grundsatz bereits praktisch durchgeführt hatte.[3])

Es ist nun Aufgabe des Strafrichters, sowohl die Tat selbst unter einen bestimmten gesetzlichen Verbrechensbegriff als auch insbesondere einen einzelnen Tatumstand unter ein bestimmtes Begriffsmerkmal zu subsumieren. Das Gesetz will dem Angeklagten die Garantie geben bei einem Richter, daß er die Tat bestimmt, und bei mehreren Richtern, daß sie die Tat gleich beurteilen.[4])

Wenn nun allerdings das Blankostrafgesetz scheinbar auf die jeweilige Art der Normübertretung kein Gewicht legt, so handelt es sich doch bei den einzelnen Normübertretungen zwar um in ihrer rechtlichen Wirkung einander gleichstehende, sonst aber völlig selbständige Delikte.

Der Richter hat demnach genau festzustellen, aus welchen Tatsachen er die Zuwiderhandlung gegen die Blankettnorm schöpft, und demnach die übertretene Norm selbst in den Urteilsgründen

---

[1]) Ostern 95 f.; Seidlmayer 22; Oetker, a. a. O. 275 f.
[2]) RG. 35 358; SeuffBl. 72 250.
[3]) Vgl. RG. 22 216; 26 157.
[4]) Ostern 97.

anzuführen; nur wo mehrere Normen in einem Alternativverhältnis stehen, darf er sich mit alternativer Feststellung begnügen.

Besonderheiten bietet endlich die auch für die allgemeine Lehre von der Feststellung bedeutsame schwurgerichtliche Fragestellung. Gewiß wird ein Blankostrafgesetz nur selten Gegenstand schwurgerichtlichen Verfahrens sein, da die Zuständigkeit des Schwurgerichts hier im allgemeinen nicht gegeben ist. Es kann aber dennoch im Hinblick auf die §§ 2, 3, 269 StPO. auch eine Uebertretung oder ein Vergehen zur Kognition der Geschworenen gelangen, obwohl hier meist der Staatsanwalt von der Ermächtigung des § 208 a. a. O. Gebrauch macht.

Hinsichtlich der Fragenfassung bestimmt § 293 StPO., daß die Hauptfrage die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat nach ihren gesetzlichen Merkmalen und unter Hervorhebung der zu ihrer Unterscheidung erforderlichen Umstände bezeichnen muß.

Das Blankostrafgesetz enthält die gesetzlichen Merkmale des bezüglichen Deliktes entweder gar nicht (generelle Gruppe) oder wenigstens nicht vollständig (spezielle Gruppe). Wer allerdings mit *Bar*[1]) allein die Zuwiderhandlung gegen das Gebot oder Verbot als Tatbestand des Blankostrafgesetzes ansieht, müßte eine Hauptfrage etwa formulieren: „Ist der Angeklagte schuldig, der kaiserlichen Verordnung vom . . . zuwidergehandelt zu haben?" Davon kann aber nicht die Rede sein; die gesetzlichen Merkmale ergeben sich vollständig nur durch Hinzunahme der Blankettnorm. In welchem Maße dies zu geschehen hat, dafür ist die Fassung des Blankostrafgesetzes entscheidend.

Die Fragestellung wird sich am leichtesten und einfachsten, gleichzeitig aber auch am zweckmäßigsten und sichersten in der Weise durchführen lassen, daß aus dem Blankostrafgesetz durch Einfügung der konkreten Blankettnorm ein normales Strafgesetz gebildet und dieses für die Fragenfassung verwertet wird. Dadurch wird am besten erreicht, was wir gemäß unserer Auffassung vom Wesen des Blankostrafgesetzes fordern, daß nämlich die Geschworenen nicht die bloße Zuwiderhandlung gegen die Norm, sondern vielmehr die jene Zuwiderhandlung begründenden Tatsachen festzustellen haben. Die übertretene Blankettnorm

[1]) Bar, Gesetz 1 4, 77; vgl. oben S. 21.

kommt demzufolge in der Frage gar nicht zum Ausdruck; es hat sogar jeder Hinweis auf die Normwidrigkeit der Handlung aus der Frage fern zu bleiben. Sonst müßte wohl — was aber niemand fordert — z. B. bei einem Delikt nach § 145a StGB. gefragt werden: „Ist der Angeklagte schuldig, entgegen dem § 795 BGB. . . . ?“ Denn auch hier enthält nicht das StGB., sondern das BGB. die Norm.

Würde sonach eine Uebertretung nach § 366[10] StGB. zur Aburteilung stehen, so wäre den Geschworenen etwa folgende Frage vorzulegen: „Ist der Angeklagte . . . schuldig, am 1. Januar 1908 in der Ludwigstraße zu München mit seinem Motorfahrzeug die Geschwindigkeit von 12 km in der Stunde überschritten zu haben?“

Literatur und Judikatur sind in der vorliegenden Frage fast ohne jede Ausbeute; nur *Oetker*[1]) hat hiezu Stellung genommen und sich in gleichem Sinne entschieden. Weiter liegt ein Urteil des ehemaligen PrOTr.[2]) vor, welches sich mit dem § 146 des preußischen StGB. befaßt. Derselbe lautete: „Weibspersonen, welche den polizeilichen Anordnungen zuwider gewerbsmäßig Unzucht treiben, werden mit Gefängnis bis zu acht Wochen bestraft.“ *Zacke*[3]) gibt nun die bezügliche Frage an die Geschworenen folgendermaßen an: „Ist die Clara Schuchert schuldig, am 21. Juli 1858 in Steiger bei Erfurt den polizeilichen Anordnungen zuwider mit dem Schreiber Vogelbein gegen ein Geschenk von 2 ½ Sgr. den Beischlaf vollzogen zu haben?“ und bemerkt weiter, die Klausel „den polizeilichen Anordnungen zuwider“ sei ein konstitutives Element des Tatbestandes. Das erwähnte Urteil des PrOTr. hatte ausgesprochen, die gewerbsmäßige Unzucht sei nur dann straflos, wenn sie mit polizeilicher Erlaubnis ausgeübt werde, weshalb es zur Begründung der Strafbarkeit nicht der Feststellung des Gegenteils bedürfe. Dies ist allerdings nicht richtig; denn nicht die gewerbsmäßige Unzucht an sich, sondern nur die unter Verletzung polizeilicher Anordnungen ausgeübte ist in § 146 des preußischen StGB. unter Strafe gestellt worden.[4]) Daraus kann aber nicht, wie *Zacke* will, gefolgert werden, daß

---

[1]) Oetker, GS. 64 154 ff.

[2]) PrOTr., Oppenhoff, Rechtsprechung 1 242.

[3]) Zacke 236, 242.

[4]) Anders in dieser Hinsicht allerdings § 361[6] StGB.

das Merkmal der Normwidrigkeit auch in die Frage an die Geschworenen aufgenommen werden müsse; denn dieser Umstand ist nicht Gegenstand ausdrücklicher Befragung. Im übrigen aber gehört dieser Fall -- worauf hinzuweisen *Oetker* unterlassen hat — nicht zu den generellen, sondern den speziellen Blankostrafgesetzen.

Auch bei den letzteren kommt in der schwurgerichtlichen Frage die übertretene Norm nicht zum Ausdruck. Hier hat allerdings das Blankostrafgesetz selbst schon den Kern des deliktischen Tatbestandes bezeichnet und nur die Detailausführung der Norm überlassen; ob aber die Blankettnorm für die Formulierung der Frage verwendet wird, hängt davon ab, ob die Norm den im Blankostrafgesetz bezeichneten Tatbestand rein oder modifiziert wiedergibt.

Wenn z. B. ein zur Ausfüllung des § 367 [9] StGB. dienendes Gesetz bestimmt: „Verboten ist das Mitsichführen von Schußwaffen, welche in Stöcken verborgen sind", so wären die Geschworenen zu fragen: „Ist der Angeklagte . . . schuldig, am . . . zu . . . eine in einem Stocke verborgene Schußwaffe mit sich geführt zu haben?" Das Gesetz, welches Träger des Verbotes ist, kommt in der Frage ebensowenig zum Ausdruck als etwa bei einer Frage nach § 239 Ziffer 3 der KO. die einschlägige Bestimmung des Handelsgesetzbuches über die Verpflichtung zur Führung von Handelsbüchern.

Würde dagegen jenes Gesetz lauten: „Personen unter 21 Jahren ist das Mitsichführen von Schußwaffen, welche in Stöcken verborgen sind, verboten", so genügt zur Abfassung der Frage das Blankostrafgesetz nicht, hier bedarf es noch einer Ergänzung der Deliktsmerkmale aus der Blankettnorm und die Frage hätte demnach zu lauten: „Ist der Angeklagte . . . schuldig, am . . . zu . . . als Person unter 21 Jahren eine in einem Stock verborgene Schußwaffe mit sich geführt zu haben?"

Hier kann sich eine weitere Schwierigkeit ergeben für die Feststellung, wie der gesetzliche Tatbestand zu formulieren ist, ob nämlich dessen Bezeichnung im speziellen Blankostrafgesetz schon die authentische Erklärung über die Fassung des gesetzlichen Tatbestandes darstellt oder nur die Richtung angibt, welche die Blankettnorm bei der von ihr zu besorgenden Kennzeichnung

des gesetzlichen Tatbestandes zu nehmen habe, ob mit anderen Worten die Fassung des Blankostrafgesetzes oder der davon verschiedene Wortlaut der Blankettnorm für die Formulierung der Schuldfrage, welche die Worte des Gesetzgebers gebrauchen muß,[1]) ausschlaggebend ist. Gewöhnlich wird zwar dafür zu sorgen sein und auch durchgeführt werden, daß sich die Norm genau an den Wortlaut des bezüglichen Blankostrafgesetzes anlehnt; es kann aber doch stets eine Verschiedenheit der beiden vorkommen und muß wohl in der Regel da vorliegen, wo die Norm schon vor dem Strafgesetz erlassen worden ist. Wenn z. B. eine zu § 367[9] StGB. gehörige Norm lauten würde: „Degenstöcke dürfen von Personen unter 21 Jahren nicht getragen werden", so bleibt der von dem Blankostrafgesetz abweichende Wortlaut dieser Norm bei Abfassung der schwurgerichtlichen Frage ganz außer Betracht; denn hier muß der Text des Blankostrafgesetzes überwiegen gegenüber der Fassung der Blankettnorm und nur soweit die letztere den Tatbestand noch durch anderweitige Merkmale charakterisiert, sind dieselben in die Frage aufzunehmen. Es wäre also hier zu fragen: „Ist der Angeklagte . . . schuldig, am . . . zu . . . als Person unter 21 Jahren eine in einem Stock verborgene Stoßwaffe mit sich geführt zu haben?"

Hier zeigt sich klar die Verschiedenheit des generellen und des speziellen Blankostrafgesetzes; während das erstere über den Deliktstatbestand keine Andeutung enthält, erfüllt das spezielle diese Aufgabe in einer mehr oder weniger erschöpfenden Weise und überläßt nur die endgültige Erledigung der Blankettnorm. Primär ist deshalb hier die Frage aus dem Strafgesetz zu schöpfen, subsidiär aber aus der Norm.

Hat aber die Schuldfrage nur die gesetzlichen Merkmale aufzuzeigen, so kann davon nicht die Rede sein, daß die Blankettnorm, welche den gesetzlichen Tatbestand hier selbständig oder wenigstens endgültig regelt, ebenfalls in der Frage genannt wird, mag es sich nun um generelle oder spezielle Normen handeln. Wir müssen aber auch hier uns daran erinnern, daß in verschiedenen Fällen, die äußerlich den Eindruck des Blankostrafgesetzes machen, nicht eine Individualnorm, sondern eine zum

---

[1]) Birkmeyer, Strafprozeßrecht 652.

Tatbestandsmerkmal gemachte Verfügung, somit ein normales Strafgesetz in Frage steht; hier ist dann der Hinweis auf jene Verfügung in der Frage allerdings notwendig.

Was endlich das schwurgerichtliche Verfahren überhaupt betrifft, so haben die Geschworenen nicht allein die Uebertretung der Norm nach den gesetzlichen Merkmalen des Tatbestandes festzustellen, sondern auch die Subsumtion unter das Strafgesetz zu besorgen, ungeachtet der Zuständigkeit des Richterkollegiums, vor Fällung des Urteils den letzteren Punkt nochmals nachzuprüfen.

Es ist hier zu bemerken, daß ja der auf „Schuldig" lautende Wahrspruch der Geschworenen nicht schon notwendig zu einer Verurteilung des Angeklagten führen muß;[1]) denn gleichwohl hat der Gerichtshof sich zu vergewissern, ob der durch das Verdikt festgestellte Tatbestand wirklich unter ein bestimmtes Strafgesetz fällt[2]) und ob die von den Geschworenen festgestellte Tat auch gesetzlich strafbar ist.[3]) Die hier gewöhnlich in Betracht kommenden Fälle sind Mangel des notwendigen Antrags oder der erforderlichen Ermächtigung, Eintritt der Verjährung, erfolgte Begnadigung oder rechtskräftige Aburteilung. Beim Blankostrafgesetz kommt hiezu die Prüfung der Rechtsgültigkeit und Blankettmäßigkeit der Norm; auch wenn die Geschworenen erkannt haben, der Angeklagte sei schuldig, eine in einem Stock verborgene Schußwaffe mit sich geführt zu haben, so ist damit über die Strafbarkeit dieses Tuns noch nicht das letzte Wort gesprochen.

Aeußerlich kommt den Geschworenen die Blankettnorm selbst, da sie in der Frage nicht genannt ist, gar nicht zu Gesicht. Nun begreift aber die Schuldfrage, worüber die Geschworenen zu befinden haben, auch die Rechtswidrigkeit, die Strafbarkeit und die Erscheinungsform der Tat[4]) und es haben daher die Geschworenen auch darüber zu entscheiden, ob der Angeklagte vor dem Gesetz schuldig ist; sie haben deshalb, wie schon oben vorweg bemerkt,

---

[1]) Ullmann 529; Oetker, Verfahren 618 ff.

[2]) Dalke 157; Oetker, a. a. O. 620.

[3]) RG. 2 95; Löwe 690; Stenglein, GS. 34 168*); Meyer, Holtzendorffs HB. des Strafprozeßrechts 2 212 f.

[4]) Bennecke-Beling 205, 544.

die Aufgabe der Subsumtion der als bewiesen erachteten Tatsachen unter das Strafgesetz.[1])

Es müssen daher beim Blankostrafgesetz die Geschworenen sich über alle jene Punkte schlüssig machen, auf die sich sonst das richterliche Prüfungsrecht erstreckt; gerade zur Beantwortung der Schuldfrage, die in der Hand der Geschworenen liegt, ist die sog. richterliche Rechtskontrolle notwendig. Es hat sich sonach die Rechtsbelehrung des Vorsitzenden auch auf die hier in Betracht kommenden Punkte zu beziehen; doch ist nicht zu verkennen, daß hier Rechtsverhältnisse, deren Entscheidung selbst dem Juristen häufig Schwierigkeiten bereitet, zur Kognition der Geschworenen gelangen. Gleichwohl muß aber dann das Richterkollegium, ehe es nach Bejahung der Schuldfrage durch die Geschworenen zur Entscheidung über die Straffrage schreitet, sich gleichfalls darüber schlüssig machen, ob die Blankettnorm rechtsgültig ist und sich im Rahmen des Blankostrafgesetzes bewegt.

Die Strafprozeßordnung enthält allerdings über diesen Gegenstand keine ausdrückliche Bestimmung;[2]) allein durch die Bejahung der an die Geschworenen gerichteten Frage, ob die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale eines Delikts äußerlich gegeben sind, hat das Gericht Recht und Pflicht nicht verloren, über die Verbindlichkeit der Norm Entscheidung zu treffen. Es werden auch die Gründe des schwurgerichtlichen Urteils im Falle der Verurteilung auf Grund eines Blankostrafgesetzes einen weiteren Raum einzunehmen haben als dies sonst der Fall ist; es bedarf, um die Anwendung des Blankostrafgesetzes auf die durch den Spruch der Geschworenen festgestellte Tat zu rechtfertigen, noch der Ausführung über die Beziehung der Norm zum Strafgesetz.

Würden nur die Berufsrichter über die Gültigkeit und Blankettmäßigkeit der Norm zu entscheiden haben, so hätte dies zwei Vorteile im Gefolge, die allerdings nur da zur Erscheinung kämen, wo die Geschworenen die Schuldfrage aus den erwähnten rechtlichen Gründen verneinen.[3]) Erstlich würde dadurch die Ent-

[1]) Kries 606; Bar, Recht und Beweis 228, 234; Löwe 690; Stenglein, Kommentar 498; Mamroth 248.

[2]) Dalke a. a. O.

[3]) Für den Fall der Bejahung der Schuldfrage verbleibt noch die Prüfung durch die Richterbank.

scheidung eine präsumtiv richtigere und zweitens wäre die Nachprüfung jener Entscheidung im Wege der Revision möglich, welcher der Wahrspruch der Geschworenen entzogen ist.[1])

Der gerade bei den Blankostrafgesetzen häufige Wechsel der Normen hat schon durch *Oetker*[2]) für das schwurgerichtliche Verfahren besondere Untersuchung erfahren. Ist nach Begehung der Tat die Blankettnorm glattwegs aufgehoben worden, so fällt es jedenfalls in das Gebiet der Schuldfrage, darüber zu entscheiden, ob die Tat trotz Wegfalls der Norm strafbar geblieben ist; dies haben auf hierüber zu erteilende Rechtsbelehrung hin nach § 293 StPO. die Geschworenen festzustellen. Die Befragung derselben erfolgt auch hier in der Weise, daß eine Frage gebildet wird, in welcher nach dem Vorhandensein der beiden Tatbestände gefragt wird, wenn die alte Norm durch eine anderslautende ersetzt worden ist, während lediglich die alte Norm verwendet wird, wenn diese ohne Nachfolgerin aufgehoben worden ist; denn da die Geschworenen über die fortdauernde Strafbarkeit der unter Anklage stehenden Tat entscheiden sollen, müssen sie über den alten und den neuen Deliktstatbestand befinden. Durch Zusammenfassung beider Tatbestände in e i n e r Frage werden unklare und unrichtige Wahrsprüche am besten vermieden.[3])

---

[1]) Vgl. RG. 15 85.

[2]) O e t k e r, GoltdArch. 48 327.

[3]) Gl. A. O e t k e r, a. a. O. 323; L ö w e 695 schlägt mehrere Fragen unter Hervorhebung der Identität der Handlung vor, läßt aber auch die Einheitsfrage zu.

Schluss.

Kritik. De lege ferenda.

Unsere Betrachtung hat dargetan, daß das Reichsstrafrecht nirgends für das Blankostrafgesetz eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln normiert, daß vielmehr der Gesetzgeber das Blankostrafgesetz überhaupt nicht als die Sonderart von Strafbestimmungen erfaßt hat, als welche sich die einschlägigen Vorschriften in Wirklichkeit darstellen. Im Sinne des Gesetzgebers hat daher die Behandlung in der Weise zu erfolgen, daß aus dem Blankostrafgesetz und der im speziellen Falle zur Anwendung gelangenden Blankettnorm ein normales Strafgesetz gebildet und dieses sodann nach den allgemeinen Regeln behandelt wird.

De lege ferenda ist nun zunächst darauf zurückzukommen, daß die Blankostrafgesetze den Hochsitz des Polizeiunrechts bilden und daß daher hier alles das zu wiederholen wäre, was insbesondere in der letzten Zeit über dessen zweckmäßigste Gestaltung von den verschiedensten Seiten geltend gemacht worden ist. Ueberwiegt hier die Forderung nach Entfernung der Polizeidelikte aus dem StGB.[1]) und Schaffung eines eigenen Polizeistrafgesetzbuches,[2]) also nach Rückkehr in den Zustand, wie er zu Anfang des 19. Jahrhunderts schon bestand, so kann dieses Verlangen für uns hier nur mittelbar in Betracht kommen.

[1]) Calker, 26. DJT. 2 250; Liszt, Aufsätze 2 376, 409; a. A. Köhler, Reformfragen 17 ff.

[2]) Umhauer 75; Berolzheimer, a. a. O. 264 f.; Seuffert 25; Goldschmidt, JKV. 12 248, fordert ein Verwaltungsgesetzbuch.

Wir fordern nämlich Beseitigung aller Blankostrafgesetze, soweit sie auf andere als reichsrechtliche Normen verweisen; das Reichsstrafgesetz mit partikularer Norm widerstreitet dem Geiste des Art. 4 Ziffer 13 der RV., da ein partikulares Gebot oder Verbot nicht das Fundament einer gemeinsamen Gesetzgebung des Reichs — und darauf legt gerade die Ziffer 13 im Gegensatz zu den übrigen Ziffern des Art. 4 a. a. O. den Nachdruck — bilden kann, mag man nun das Wort „gemeinsam" auf den Beruf oder die Kompetenz zur Gesetzgebung beziehen.[1]) Das Reich hat infolgedessen nur da gesetzgebend einzugreifen, wo ein wirkliches Bedürfnis gemeinsamer Regelung gegeben ist. Bei der Strafgesetzgebung zeigt sich dieses aber darin, daß nicht nur die Strafsatzung, sondern insbesondere auch die Norm vom Reiche aufgestellt wird. Daß aber beim Blankostrafgesetz ein solches Bedürfnis nicht vorliegt, vielmehr hier gerade eine örtlich verschiedene Regelung beabsichtigt ist, wurde schon mehrfach hervorgehoben. Auch obliegt es nach allgemeinen Grundsätzen dem Gesetzgeber, nicht nur die Strafdrohung, sondern auch die Norm aufzustellen, während durch übermäßigen Gebrauch des Blankostrafgesetzes der Verfassungsrechtssatz, welcher die Setzung von Rechtsgeboten der Gesetzgebung zuweist, dem praktischen Erfolge nach illusorisch gemacht wird.[2])

Das reichsrechtliche Blankostrafgesetz mit partikularer Norm ist sonach zu verwerfen.[3]) Ist dasselbe aus der Erwägung hervorgegangen, daß hier territorial und lokal verschiedene Bedürfnisse vorliegen, die eine einheitliche Regelung von Reichswegen nicht angängig erscheinen lassen, so ist es auch verkehrt, solche Delikte in den Kreis des StGB. zu ziehen. Die Vorteile, die damit erreicht werden, sind gering. Die Folge, daß dadurch in Bezug auf die allgemeinen Lehren eine Einheitlichkeit auch hinsichtlich dieser Delikte erreicht wird, ließe sich ebenso erzielen, wenn der allgemeine Teil des StGB. von Reichswegen auf das Landesstrafrecht ausgedehnt würde, welch letzteres an die Stelle der Blankostrafgesetze zu treten hat. Auch die Tatsache, daß durch das Blankostrafgesetz

[1]) Binding, Normen 1 164 f., Grundriß 74 f.; Umhauer 38; Arndt, ZStW. 21 263 f.

[2]) Dyroff 68; Edel, Dollmann, 3. Teil, 5 12.

[3]) Binding, HB. 1 54; Seydel, Reichsverfassung 99.

eine einheitliche Strafdrohung geschaffen wird, kann kaum vorteilhaft ins Gewicht fallen; denn wenn die fraglichen Delikte ganz der landesrechtlichen Regelung überwiesen wären, so würde doch die Differenz unter den einzelnen Gesetzgebungen im Hinblick auf § 5 EG. z. StGB. jedenfalls keine bedeutende sein.

So aber enthält das Blankostrafgesetz eine einheitliche Strafbestimmung für eine unbegrenzte Anzahl verschiedener Delikte von buntester Mannigfaltigkeit und sehr ungleicher Schwere; insbesondere wird dabei vollständig ignoriert, ob die Uebertretung der Norm vorsätzlich oder fahrlässig geschieht, beide Fälle werden unverzeihlicher Weise in einen Topf geworfen.[1]) Schon diese sprachliche (und rechtliche) Einmaligkeit der Strafandrohung für die verschiedenen Typen[2]) fordert die Beseitigung des Blankostrafgesetzes als des Mischgesetzes kat'exochen.[3])

Man hat zu Gunsten der Blankostrafgesetze geltend gemacht, sie seien die Konsequenz aus dem Umstande, daß auch das Polizeistrafrecht eine gewisse Gleichförmigkeit und Einheitlichkeit verlange. Allein dieser Zweck wird hier keineswegs erreicht, vor allem nicht beim generellen Blankostrafgesetz. Der Rahmen des Blanketts ist durchwegs so allgemein gehalten, daß der Blankettempfänger hier vollständig freie Hand hat, welchen Inhalt er der Norm geben will. „Damit schafft man einen haltlosen Zwitterzustand. Man zerreißt in unnatürlicher Weise die Kompetenz für die materielle Verfügung und für die hinzutretende Strafsanktion. Die Landesgesetzgebung bestimmt, was an sich geschehen soll, die Bundesgesetzgebung die Folgen des Ungehorsams".[4]) Die Folge ist eine unwürdige Stellung sowohl des Einzelstaats gegenüber dem Reiche als auch des Reiches selbst: die Landesstrafgesetzgebung wird ohne zwingenden Grund in der Verfügung über die Straffolgen beschränkt,[5]) darf eine selbständige Strafdrohung nicht erlassen. Anderseits verdankt das Reichsgesetz dem Belieben des Blankettempfängers seine Wirksamkeit,

[1]) Rosenberg, ZStW. 22 53; 24 15 f.; falsch Buri, Abh. 192; Seuffert, a. a. O. 24.

[2]) Beling, Lehre 540.

[3]) Wertheimer 68 ff.

[4]) Heinze, Erörterungen 95 ff.

[5]) Rosenberg, a. a. O. 17.

obwohl es durch die Aufstellung einer Strafdrohung seine autoritative Meinung über die Gewichtigkeit der bezüglichen Kontraventionen kundgegeben hat,[1]) und muß sich von ihm jeden Inhalt unbesehen zustopfen lassen.[2]) Dies ist um so bedenklicher, als das Reich vielfach in allzu sorgloser, um nicht zu sagen leichtfertiger Weise die Normierungsbefugnis an die unteren und untersten Behörden verausgabt und dadurch das Landesrecht veranlaßt hat, auch seinerseits die Normierung ebensolchen Organe zu übertragen. Dabei ist vergessen worden, daß zur sachlichen Feststellung jener Normen mindestens ebensoviele Umsicht und Sachkenntnis gehört, daß zur Sicherung einer richtigen Anwendung mit ebenso großer Sorgfalt formelle Fehler vermieden werden müssen wie bei den übrigen Gesetzen.[3])

Das Blankostrafgesetz bringt endlich auch eine unnötige Häufung des reichsgesetzlichen Materials mit sich; das Reich stellt eine Strafdrohung auf, aber erst die normierende Instanz ruft das Strafgesetz wirklich ins Leben.[4]) Wozu ohne zwingenden Grund diese doppelte Belastung?

Das spezielle Blankostrafgesetz ist allerdings wegen der größeren Beschränkung seiner Vollmacht weniger bedenklich, doch gelten auch hier prinzipiell dieselben Erwägungen.[5])

Wie schon seinerzeit bei Beratung des StGB. im Reichstag die Aufnahme der fraglichen Bestimmungen widerraten worden war,[6]) so ist allgemein und immer dringender die Forderung nach der Beseitigung jener Gesetze erhoben[7]) und die Ueberweisung derjenigen Delikte, welche nicht durch normales Reichsstrafgesetz geregelt werden können, ans Landesstrafrecht verlangt worden. Soweit schon gegenwärtig das Blankostrafgesetz eine reichsrechtliche Ergänzung findet, also die Norm vom Kaiser, Bundesrat, Reichskanzler zu erlassen ist, ergibt sich ein hinreichender Grund zur Beanstandung nicht; denn die Vorteile, welche eine Regelung

[1]) Umhauer 37.

[2]) Binding, Entwurf 6.

[3]) Mohl 1 43 f.; Frank, ZStW. 18 745.

[4]) Umhauer a. a. O.

[5]) Oetker, GS. 64 156 Note 1.

[6]) Vgl. Binding, HB. 1 67; Entwurf 5 f.; Goldschmidt, Verwaltungsstratrecht 438.

[7]) Umhauer 76; Kitzinger, Darstellung 168.

durch Reichsgesetz auch hier im Gefolge hätte, müssen vor der Erwägung zurückstehen, daß es sich in jenen Fällen eben um derart wechselnde und detaillierte Verhältnisse handelt, daß das formelle Reichsgesetz sich hiefür nicht wohl eignet. Empfehlenswert wäre jedoch eine allgemeine Vorschrift, daß die ergehenden Normen in allen Fällen dem Reichstag zur Kenntnisnahme vorzulegen sind.

Wo dagegen die Materie in die inneren Verhältnisse der Einzelstaaten hineinführt, hat sich das Reich der Regelung vollständig zu enthalten;[1]) durch eine solche Ausscheidung würde auch „das StGB. selbst an geschlossenem Ernste, an sittlichem Gewicht und Nachdruck gewinnen."[2])

So ergibt sich für uns die Forderung, die auf partikularrechtliche Normen verweisenden Blankostrafgesetze zu beseitigen und sie zu ersetzen primär durch normale Reichsstrafgesetze, eventuell, soweit eine Kodifikation seitens des Reiches nicht angängig ist, durch Blankostrafgesetze mit reichsrechtlicher Norm; ist auch dieser Weg nicht brauchbar, so hat die vollständige Ueberweisung an das Landesstrafrecht zu erfolgen.[3])

Auch durch die letztere Maßnahme würde dem Gedanken der Rechtseinheit nicht zu nahe getreten; denn von Reichswegen wären hiebei die allgemeinen und diejenigen besonderen Bestimmungen zu treffen, bei welchen eine Uebereinstimmung im Inhalt für das ganze Reich als wünschenswert erscheint.[4])

---

[1]) Vgl. schon Feuerbach, Binding, Entwurf 6; Windhorst, Goldschmidt, GoltdArch. 49 74; Bar, KrVJSchr. 14 442; Harburger 96; Schwarze, GS. 22 165; Wächter 9; Seuffert 23 ff. Unentschieden der 26. deutsche Juristentag, GoltdArch. 50 157; Fuchs 69.

[2]) Kahl, GoltdArch. 50 152.

[3]) Verschiedene Gesichtspunkte hiefür bei Goldschmidt, GoltdArch. 49 90; JKV. 12 248 ff.; Frank, das. 215 ff.; Seydel, Kommentar 99.

[4]) Seuffert a. a. O.; Goldschmidt a. a. O. Vgl. auch oben S. 148.

Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Prof. Dr. **Allfeld,** Erlangen, Geh. Justizrat, Prof. Dr. **von Bar,** Göttingen, Prof. Dr. **Ernst Beling,** Tübingen, Geh. Hofrat Prof. Dr. **Birkmeyer,** München, Prof. Dr. **van Calker,** Strassburg, Prof Dr. **Finger,** Halle. Prof. Dr. **Frank,** Tübingen Prof. Dr. **Freudenthal,** Frankfurt a. M., Geh. Justizrat Prof. Dr. **Gretener,** Breslau, Prof. Dr. **Günther,** Giessen, Prof. Dr. **Hegler,** Tübingen, Prof. Dr. **Heimberger,** Bonn, Prof. Dr. **von Hippel,** Göttingen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kahl,** Berlin, Prof. Dr. **Kleinfeller,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kohler,** Berlin, Prof. Dr. **Kohlrausch,** Königsberg, Prof. Dr. **Liepmann,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **v. Liszt,** Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Lœning,** Jena, Prof. Dr. **M. E. Mayer,** Strassburg, Prof. Dr. **Mittermaier,** Giessen, Prof. Dr. **Oetker** Würzburg, Prof. Dr. **Rosenfeld,** Münster, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt,** Freiburg, Prof. Dr. **Träger,** Marburg, Geh. Rat Prof. Dr. **v. Ullmann,** München, Prof. Dr. **Wachenfeld,** Rostock, Prof. Dr. **Weismann,** Greifswald,

herausgegeben von

Dr. von Lilienthal,

Geh. Hofrat, ord. Professor an der Universität Heidelberg.

Heft 88.

Sachbeschädigung und Aneignung.

Von

Dr. von Prądzyński.

BRESLAU 1908.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Frank & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Sachbeschädigung und Aneignung.

Von

Dr. von Prądzyński.

BRESLAU 1908.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen von

Professor Dr. Freudenthal

in Frankfurt a. M.

Druck von Gebrüder Böhm, Kattowitz O.-S.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1.

Einleitung . . . . . 1—2

Ausführung.

I. Status controversiae.

§ 2.

1. Die Stellung des Problems . . . . . 2—4

§ 3.

2. Die Lösung des Problems . . . . . 4—6

§ 4.

3. Die Kritik der verschiedenen Theorien . . . . . 6—11

§ 5.

4. Übersicht über die eigne Ansicht des Verfassers . . . . . 11—12

II. Die eigene Ansicht des Verfassers.

1. Der Begriff der Sachbeschädigung.

§ 6.

a) Begriff der Sacheinheit . . . . . 12—14

b) Der Begriff der beschädigenden Handlung.

§ 7.

α) Das naturwissenschaftliche Moment . . . . . 14—18

§ 8.

β) Das rechtliche Moment . . . . . 18—24

§ 9.

c) Ergebnisse . . . . . 24—25

2. Der Begriff der Aneignung. Seite

§ 10.

a) Die Eigentumsdelikts- und die Vermögensdeliktstheorie . . . . . 25—29
b) Die eigene Ansicht des Verfassers.

§ 11.

α) Übersicht . . . . . 29—31
β) Ausführung.
$\alpha\alpha$) Das rechtliche Moment der Aneignung.

§ 12.

I. Die passive Seite. . . . . 31—33

§ 13.

II. Die aktive Seite 33
A. Die objektive Seite.

§ 14.

AA. Das äussere Verhältnis des Gewahrsams zur Aneignung . . . . . 33—36

§ 15.

BB. Das innere Verhältnis des Gewahrsams zur Aneignung . . . . . 36—39

§ 16.

CC. Ergebnisse . . . . . 39—43

§ 17.

B. Die subjektive Seite. . . . . 43—45
$\beta\beta$) Das ökonomische Moment der Aneignung.

§ 18.

I. Die passive Seite . . . . . 45—48

§ 19.

II. Die aktive Seite. . . . . 48—52

Literatur.

Bachem, Über den Unterschied zwischen dem furtum des römischen Rechts und dem Diebstahl nach Deutschem Reichsstrafgesetzbuch. 1880.

v. Bar, im Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart. Bd. 4.

Beling, Grundriss des Strafrechts. 2. Aufl. 1902.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. 1898.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. 1. 2. Aufl. 1902.

— Die Normen und ihre Übertretung. Bd. 1. 2. Aufl. Normen und Strafgesetze. 1890. Bd. 2. Schuld und Vorsatz. 1877.

— in „Krit. Vierteljahrsschrift", Neue Folge. Bd. 2, S. 569.

Brinck, Das furtum usus. Bonn. Diss. 1895.

v. Bülow, Abhandlung in Goltdammers Archiv, Bd. 45, S. 321.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1903.

Daude, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 8. Aufl. 1903.

Dörr, Über das Objekt bei den strafbaren Handlungen auf vermögensrechtliche Interessen. Münchener Preisschrift in den kriminalistischen Abhandlungen von Bennecke und Beling.

Dernburg, Das Sachenrecht. 3. Aufl. 1904.

E. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Eck, Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. 1. u. 2. Aufl. 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903.

Ewald, Der Begriff des Gewahrsams in den beiden Delikten Diebstahl und Unterschlagung. Rost. Diss. 1900.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 3. und 4. Aufl. 1903.

G. A. = Goltdammers Archiv.

Gebauer, Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände, in den kriminalistischen Abhandlungen von Bennecke und Beling. 1893.

Gleispach, Graf, Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen. 1. Teil 1905.

Goldschmidt in Goltdammers Archiv. Bd. 47, S. 353 ff.

G.S. = Gerichtssaal.

H.H. = Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen.

Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bd. 2. Erste Abteilung 1884.

Harburger, Diebstahl und Unterschlagung in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. 6. 1907.

W. v. Hippel, Der Wasserdiebstahl 1895 in den Abhandlungen des Berliner Kriminalistischen Seminars 4, 1.
Kohler, Das Autorrecht in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik. Bd. 18. Neue Folge. Bd. 6, S. 131.
John, Bemerkungen zu Urteilen der Strafsenate des Reichsgerichts in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 1, S. 222.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 14. und 15. Aufl. 1905.
Lobe, Über den Einfluss des B.G.B. auf das Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung des Besitzes. 1898.
Lexis, Abhandlung über den Begriff des Wertes in Elsters „Wörterbuch der Volkswirtschaft". 1907. Bd. 2, S. 1318.
Lueder, Die Vermögensbeschädigung. 1867.
Maschke, Das Eigentum im Civil- und Strafrecht. 1895.
Merkel, Diebstahl und Unterschlagung, in Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen. Bd. 3, S. 618.
Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Aufl. 1907.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 7. Aufl. 1905.
O.T. Entscheidungen des Obertribunals.
R. = Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
Römpler, Der Begriff des Gewahrsams im Civil- und Strafrecht. Göttinger Diss. 1894.
Rosenberger, Über das furtum des klassisch-römischen Rechts. Züricher Diss. 1879.
Rotering, im Gerichtssaal. Bd. 35, 350 und Bd. 36, 520.
Schels, Der strafrechtliche Schutz des Automaten. Erlanger Diss. 1897.
Seckel, Die Automaten im Strafrecht. Marburger Diss. 1904.
Schmoller, Grundriss der allgemeinen Volkswirtschaftslehre. 1.—6. Aufl. 1904.
Stephen, James, Über den gegenwärtigen Zustand des englischen Strafrechts und die Pläne zu dessen Kodifikation, in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. 1, S. 439.
Ullmann, Über den Dolus beim Diebstahl. 1870.
Z. = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Nur gelegentlich angeführte Schriftsteller sind in diesem Literaturverzeichnis nicht benannt.

Rechtsquellen-Verzeichnis:

Deutsches Strafgesetzbuch:

§ 73 . . . . . S. 53,
§ 133 . . . . . S. 4,
§ 229 . . . . . S. 35,
§ 242 . . . . . S. 1, 3, 34, 36, 39, 53,
§ 243 . . . . . S. 54, Anm. 2,
§ 246 . . . . . S. 1, 34, 36, 53,
§ 274 . . . . . S. 4,
§ 303 . . . . . S. 1, 2, 3, 4, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 23, 53, 54,

§ 304 . . . . . S. 21, Anm. 1, 53,
§ 305 . . . . . S. 4, 53,
§ 370 6 . . . . . S. 27.
Das Bürgerliche Gesetzbuch vom Jahre 1896:
§ 93 . . . . . S. 13,
§ 960 . . . . . S. 31.
Das preussische Strafgesetzbuch vom Jahre 1851:
§ 215 . . . . . S. 34, Anm. 3.
Das Strafgesetzbuch für das Königreich Norwegen vom 22. 5. 1902.
§ 255 . . . . . S. 34, Anm. 3,
§ 257 . . . . . S. 34, Anm. 3.
Das Strafgesetzbuch des Staates New-York vom 26. 7. 1882:
§ 528 . . . . . S. 34, Anm. 3.
Das niederländische Strafgesetzbuch vom 3. 3. 1881:
§ 310 . . . . . S. 34, Anm. 3,
§ 321 . . . . . S. 34, Anm. 3.
Schweizer Entwurf vom Jahre 1903:
Art. 87 . . . . . S. 1 Anm. 3.

§ 1.

Einleitung.

Das Hauptproblem dieser Schrift bildet die Festlegung der Grenzlinien zwischen Sachbeschädigung einerseits, Diebstahl und Unterschlagung anderseits. In den verschiedensten Fällen kann es nämlich zweifelhaft sein, ob der Tatbestand des § 303 Str.G.B. oder der Tatbestand des § 242 bezw. § 246 Str.G.B. vorliegt, so z. B. wenn jemand fremde Raketen abbrennt, fremde Möbel als Brennholz benutzt, sich aus einem fremden Rock eine Weste zurechtschneidet und dergl. Der Erörterung dieses Problems muss die Beantwortung der Frage vorangehen, ob zum Vorliegen der Sachbeschädigung eine Verletzung der Sachintegrität erforderlich ist. Dies ist mit der herrschenden Ansicht zu bejahen. Die gegenteilige Ansicht, [1]) die das Vorliegen einer Sachbeschädigung ohne Verletzung der Sachintegrität dann annimmt, wenn das fremde Eigentum vernichtet oder die Sache dem Eigentümer dauernd entzogen wird, ist abzulehnen, da es sich aus dem logischen Gefüge des § 303 Str.G.B. ergibt, dass das Objekt der Beschädigung eine Sache sein muss, während das Moment des fremden Eigentums im § 303 Str.G.B. nicht das Objekt, sondern nur eine Eigenschaft des Objekts darstellt. [2]) Die Eigentumsschädigung ohne Verletzung der Sachintegrität ist demnach keine Sachbeschädigung. [3]) Wie aber einerseits die Verletzung

---

[1]) Lueder, S. 76; Berner, S. 631; Oppenhoff, § 303[5], Binding, Lehrbuch, Bd. 1, S. 249.

[2]) So auch Gleispach, S. 17 Anm. 2.

[3]) Das ist auch der Standpunkt des schweizerischen Entwurfs vom Jahre 1903, der die Eigentumsschädigung ohne Verletzung der Sachintegrität, um sie strafbar zu machen, im Art. 87 besonders berücksichtigt.

der Sachintegrität zum Vorliegen des Tatbestandes des § 303 Str.G.B. erforderlich ist, so ist sie anderseits nicht ausreichend. Es gibt nämlich Fälle, wo nach einer unbestrittenen Anschauung trotz Verletzung der Sachintegrität nicht Sachbeschädigung, sondern Aneignung, wie sie bei Diebstahl, Unterschlagung und Mundraub in Frage steht, vorliegt, so wenn jemand fremde Früchte isst, fremde Zigarren raucht, mit fremdem Brennholz einheizt. Für die nachfolgenden Erörterungen unseres Problems, das somit darin besteht, die charakteristischen Momente zu finden, die eine Verletzung der Sachintegrität zur Sachbeschädigung oder zur Aneignung stempeln, haben wir eine doppelte Grundlage gefunden: Die Erkenntnis, dass zum Vorliegen der Sachbeschädigung die Verletzung der Sachintegrität erforderlich, aber nicht ausreichend ist, und die Erkenntnis, dass beim Vorliegen der Aneignung eine Verletzung der Sachintegrität möglich, aber nicht erforderlich ist. Hieraus ergibt sich, dass Aneignung und Sachbeschädigung nicht identische Begriffe und somit auseinander zu halten sind. Ferner ergibt sich aber hieraus, dass die Unterscheidungsmerkmale zwischen Sachbeschädigung und Aneignung nicht in dem naturwissenschaftlichen Momente der Verletzung der Sachintegrität zu suchen sind, da dieses Moment auch die Aneignung enthalten kann. Die Unterscheidungsmerkmale sind vielmehr in rechtlichen Momenten zu suchen. Je nachdem diese letzteren auch wesensgleich oder heterogen sind, oder weder wesensgleich noch heterogen, kann das Ergebnis bezüglich des Verhältnisses der Sachbeschädigung zur Aneignung ein dreifaches sein: entweder Wesensgleichheit oder Alternativität oder Neutralität.[1]) In der bisherigen Literatur sind die Theorien der Alternativität und der Wesensgleichheit vertreten: der Verfasser dieser Schrift vertritt diejenige der Neutralität beider Begriffe.

---

[1]) In der vorliegenden Arbeit wird dieser von Beling, Grundriss des Strafrechts, S. 18, 33 gebrauchte Ausdruck statt des Ausdrucks „ideale Konkurrenz" verwandt. Während nämlich bei der Gesetzeskonkurrenz, z. B. der Alternativität, man aus dem abstrakten Wortlaut des Gesetzes das Verhältnis herauslesen kann, schafft bei der sog. idealen Konkurrenz erst die konkrete Tat ein Verhältnis zwischen mehreren gesetzlichen Bestimmungen, während die gesetzlichen Bestimmungen in abstracto, z. B. Mord und Sachbeschädigung, in keinem Verhältnis zu einander stehen, d. h. neutral auf einander reagieren.

Ausführung.

I. Status controversiae.

§ 2.

1. Die Stellung des Problems.

Das vorliegende Problem wird regelmässig bei dem Diebstahlsbegriffe erörtert in der Fassung: „Kann Zerstörungsabsicht Aneignungsabsicht sein?“ [1]) Diese Problemstellung ist zurückzuweisen; da sie zwei Absichten und nicht zwei Handlungen einander gegenüberstellt, regelt sie das Verhältnis des § 303 Str.G.B. zum § 242 nur mittelbar, denn bevor die Zerstörungsabsicht verwirklicht ist, kann der § 303 Str.G.B. nicht in Frage kommen. Anderseits hat diese Problemstellung eine zu enge Fassung, da sie die Aneignung nur der Zerstörung und nicht auch der Beschädigung gegenüberstellt, womit die Lösung des Problems, die vom Verhältnis der Aneignung zur Sachbeschädigung spricht, und die Begründung des Problems, bei der man regelmässig von Sachvernichtung spricht, nicht harmonieren. Mitunter finden sich bei der Problemstellung nicht nur methodologische, sondern auch inhaltliche Unrichtigkeiten, so gebraucht z. B. Frank für die naturwissenschaftliche und die rechtliche Sachbeschädigung denselben Ausdruck. [2]) Eine

---

[1]) Olshausen, § 242[30c]; Oppenhoff § 241[41]; Meyer, S. 554; Frank, § 242 VII a; Hälschner II, 1, S. 299.

[2]) Frank, § 242 [VII a], sagt nämlich, dass eine bestimmungsgemässe Zerstörung Aneignung wäre. Nach Frank schliesst jedoch Aneignung die Sachbeschädigung aus, da er in bestimmungswidriger Integritätsverletzung Sachbeschädigung, in bestimmungsgemässer Aneignung sieht; mithin versteht Frank unter bestimmungsgemässer „Sachzerstörung“ nicht die Sachzerstörung im rechtlichen, sondern im naturwissenschaftlichen Sinne.

fernere inhaltliche Unrichtigkeit der Problemstellung findet sich bei denjenigen Schriftstellern, die zur Sachbeschädigung die Absicht „sofortiger" Zerstörung nach erfolgter Wegnahme verlangen. [1]) Auf das Moment der „sofortigen" Zerstörung kann es jedoch nicht ankommen, da eine wesensgleiche Handlung, sofort oder nicht sofort vorgenommen, sich wesensgleich bleiben muss. Eine Verletzung der Sachintegrität, die lange Zeit nach erfolgter Wegnahme vorgenommen wird, wird nicht infolge des Zeitintervalles zur Aneignung, sie vergrössert nur die Möglichkeit, dass in der Zwischenzeit anderweitige Aneignungshandlungen vorgenommen sein können. [2]) Um allen diesen methodologischen und inhaltlichen Bedenken bei der Problemstellung aus dem Wege zu gehen, haben wir einander zwei Handlungen gegenübergestellt, und zwar nicht die Aneignung der Sach„zerstörung", sondern der Sach„beschädigung", wodurch alle Formen der Sachbeschädigung gedeckt sind: einfache Sachbeschädigung, teilweise Zerstörung, Zerstörung, Vernichtung (§§ 303, 305, 133, 274 Abs. 1 u. 2 Str.G.B.).

§ 3.

2. Die Lösung des Problems.

Nachdem die Bedenken bezüglich der Problemstellung geäussert sind, erscheint bezüglich der Lösung des Problems eine Übersicht über die verschiedenen Theorien geboten. Die bisherigen Ansichten lassen sich in zwei grosse Gruppen teilen. Die Vertreter der ersten Gruppe nehmen Alternativität, die der zweiten Wesensgleichheit von Sachbeschädigung und Aneignung an. Die erste Gruppe zerfällt in zwei Teile. Gruppe I Teil 1 begründet die Alternativität durch objektive, Gruppe I Teil 2 durch subjektive Momente.

Die Gruppe I Teil 1 erklärt Aneignung für vorliegend, wenn die Verletzung der Sachintegrität einen Verbrauch darstellt, Sachbeschädigung dagegen für vorliegend, wenn die Verletzung der Sachintegrität einen Verbrauch nicht darstellt. [3])

---

[1]) v. Liszt, S. 432; Olshausen, § 242[30c]; Oppenhoff, § 242[41].

[2]) Auch eine „alsbaldige" Zerstörung, wie sie R. 4, 537 zu fordern scheint, ist nicht erforderlich.

[3]) Die Vertreter dieser Ansicht sind:
Meyer, S. 554: Zur Aneignung genügt nicht die Absicht, die Sache zu zerstören.
Binding, Bd. 1, S. 268: „Wer eine fremde Sache ergreift, um sie zu vernichten,

Die Gruppe I Teil 2 findet keine objektiven Unterscheidungsmerkmale zwischen Aneignung und Sachbeschädigung, sie sieht die Unterscheidungsmerkmale nur in subjektiven Momenten. [1])

Gruppe II erklärt Sachbeschädigung und Aneignung für wesensgleiche Begriffe. Um jedoch die Sachbeschädigung nicht im Diebstahl bezw. Unterschlagung aufgehen zu lassen, erklärt sie Diebstahl bezw. Unterschlagung für vorliegend, wenn der Täter bei der Zerstörung den Gewahrsam an der Sache hatte, Sachbeschädigung dagegen für vorliegend, wenn der Täter den Gewahrsam an der zerstörten Sache

---

will das Gegenteil der Aneignung. S. 296 sieht er den Verbrauch dagegen als Aneignung an.

Oppenhoff, § 242[41]: Die Absicht, die Sache zu zerstören, ist nicht Zueignungsabsicht..., das Gegenteil tritt ein, wenn die Absicht, die Sache zu verbrauchen, vorlag.

Reichsgericht, R. 4, 537: Sachbeschädigung liegt vor, wenn die Besitzergreifung in keiner anderen Weise geschah als um die Sache zu verderben oder zu vernichten. Ebenso E. 11, 239 u. E. 35, 355; E. 14, 312 (Beschl. der verein. Strafs.) betreffend die Wesensgleichheit von Verbrauch und Aneignung .... der Unterschied — zwischen § 370[5] und § 242 Str.G.B. — liegt also in Umständen, die mit den Tatbestandsmerkmalen des gemeinen Diebstahls keineswegs in Widerspruch treten.

Merkel, S. 649: Die Absicht, die Sache zu zerstören oder zu beschädigen, ist nicht Zueignungsabsicht. S. 651: Wenn der Gebrauch in Verbrauch übergeht, so liegt Zueignung vor.

v. Liszt, S. 432: Aneignung ist der bestimmungsgemässe Verbrauch. S. 432: Nicht ist Aneignung die sofortige Vernichtung der Sache.

Frank, § 242 VII 2a: Die Absicht, die Sache zu zerstören, ist nur dann Zueignungsabsicht, wenn der eigentümliche wirtschaftliche Zweck der Sache darin besteht, dass sie in einer gewissen Art zerstört wird, und der Wegnehmende gerade diese Art der Zerstörung beabsichtigt.

[1]) Die Vertreter der Gruppe I, Teil 2:

v. Hippel, S. 35: Zwischen Verbrauch und Aneignung lässt sich keine Grenze ziehen. S. 36: Wenn bei dem Diebstahl die Absicht des Täters nicht sowohl darauf gerichtet ist, nur beschädigend in das fremde Vermögen einzugreifen, die Sache dem anderen zu nehmen, ihn um die Sache zu bringen, als vielmehr über die Substanz der Sache auch durch Zerstörung zu verfügen, so wird man immer dann diebische Absicht annehmen, wenn der Wegnehmende durch Zerstörung (oder Verbrauch) der Sache vor oder nach der Zerstörung ökonomischen Zwecken dienstbar macht.

Dörr, S. 186: Man wird immer dann diebische Absicht mit Sicherheit annehmen, wenn der Wegnehmende durch Zerstörung der Sache diese ökonomischen Zwecken dienstbar macht.

nicht hatte. Sie nimmt demnach Wesensgleichheit zwischen der schädigenden Handlung und der Aneignung an, jedoch Alternativität zwischen Sachbeschädigung einerseits, Diebstahl und Unterschlagung anderseits.[1])

§ 4.

3. Die Kritik der verschiedenen Theorieen.

An diese Übersicht der verschiedenen Theorien wollen wir eine Kritik derselben knüpfen.

Die Kritik wollen wir in eine Kritik der allgemeinen und eine der besonderen Gesichtspunkte teilen. Die Kritik im allgemeinen ist folgende.

Gruppe I Teil 1 baut die Unterscheidung zwischen Aneignung und Zerstörung auf den Begriffen Verbrauch und Zerstörung auf. Sie kümmert sich jedoch nicht um die Substantiierung des Begriffes „Verbrauch", von v. Liszt und Frank abgesehen, die diesbezügliche Andeutungen machen, indem sie im Verbrauch die bestimmungsgemässe, in der Zerstörung die bestimmungswidrige Verletzung der Sachintegrität sehen. Liesse sich jedoch der Unterschied zwischen Verbrauch und Zerstörung noch so scharf abgrenzen, so würde er dennoch unbegründet bleiben, denn die Zerstörung nicht als Aneignung anzusehen, ist eine durch keine tiefere Motivierung gerechtfertigte Abschwenkung von dem durch die Vertreter der Gruppe I Teil 1 vertretenen Aneignungsbegriffe.[2]) Eine tiefere Motivierung sucht nur Binding zu geben, er

---

[1]) Die Vertreter der Gruppe II:

Olshausen § 242[30c]: Bei einer beabsichtigten „sofortigen Zerstörung" der Sache wird meist schon die Erlangung des Gewahrsams nicht vorliegen, sollte sie aber zu bejahen sein, so wird man auch die Zueignungsabsicht auf seiten des Täters annehmen müssen, da der Fall alsdann mit demjenigen gleichliegt, wo der Täter den Gewahrsam erwirbt, um die Sache demnächst einem Dritten zuzuwenden; der verfolgte Endzweck, der eine Entäusserung des Gewahrsams für den Täter zur Folge hat, kann nicht entscheidend sein.

Hälschner, II[1], S. 299: Wer die Sache wegnimmt, um sie zu zerstören, nimmt sie weg mit der Willensbestimmung, sie dem Eigentümer bleibend zu entziehen und über sie dem Eigentum gleich zu verfügen.

Ullmann, S. 71: Die Handlung bei der Sachbeschädigung ist wesentlich und einzig die Zerstörung ... ist dagegen die Wegnahme in Zerstörungsabsicht vorangegangen, so ändert die Absicht, die entwendete Sache zu zerstören, nichts an der Bedeutung der Handlung als Diebstahl.

[2]) Siehe unten S. 8.

gerät jedoch in Widerspruch zu sich selbst, indem er den Verbrauch einmal für Sachbeschädigung, ein andermal für Aneignung hält. [1])

Die Gruppe I Teil 2 erklärt bei einer Verletzung der Sachintegrität Aneignung für vorliegend, wenn der Täter mit Eigentümerwillen, Sachbeschädigung dagegen für vorliegend, wenn der Täter ohne Eigentümerwillen gehandelt hat. Bei dem Hauptvertreter dieser Theorie, v. Hippel, ist jedoch dieser Eigentümerwille nicht positiv substanziiert, sondern nur durch negative Ausdrücke umschrieben, bei dem anderen Vertreter dieser Theorie, Dörr, mit der Verfolgung ökonomischer Zwecke seitens des Täters identisch. — Die falsche Basis der Theorie der Gruppe I Teil 2 liegt jedoch darin, dass sie das Vorliegen der Sachbeschädigung lediglich von Zweckbestimmungen seitens des Täters abhängig macht, während der falsche Aufbau der Theorie der Gruppe I Teil 1 darin liegt, dass sie das Vorliegen der Aneignung durch Verletzung der Sachintegrität lediglich von Zweckbestimmungen, die die Sache schon vor der Tat hatte, abhängig macht und Zweckbestimmungen des Täters für unerheblich hält.

Die Gruppe II führt zu einer unberechtigten Einengung des Begriffes der Sachbeschädigung. Wer eine Sache so intensiv beherrscht, dass er sie zerstören kann, hat in den zahlreichsten Fällen den Gewahrsam an ihr erlangt, so wenn jemand mit einem Stocke ein vor ihm stehendes Glas zertrümmert, nur ausnahmsweise hat der Zerstörer keinen Gewahrsam an der zerstörten Sache, so z. B. wenn er aus weiter Entfernung durch einen Flintenschuss eine Scheibe im vierten Stock zertrümmert. Die Ansicht der Gruppe II findet auch absolut keine Stütze im Gesetz für die Behauptung, Sachbeschädigung könnte nur an den Sachen begangen werden, die der Täter nicht in seinem Gewahrsam hat.

Nach dieser allgemeinen kritischen Übersicht der verschiedenen Theorieen, von denen keine zu befriedigenden Ergebnissen führt, wollen wir im besonderen die einzelnen zweifelhaften Punkte derselben einer kritischen Betrachtung unterwerfen. Bezüglich der Theorie der Gruppe I Teil 1 sei zuvörderst hervorgehoben, dass die Einteilung der Arten der Verletzung der Sachintegrität in die Kategorien des Verbrauchs und der Zerstörung unvollständig ist. Neben Verbrauch und Zerstörung bezw. Beschädigung gibt es eine dritte Kategorie von Verletzungen der Sachintegrität, die weder Verbrauch noch Sachbeschädigung ist, z. B. das

---

[1]) Bd. 1, S. 248 und S. 269; siehe unten S. 27 ff.

Mähen reifen Getreides, das Abbrechen dürrer Äste, das Aufschneiden der Blätter eines Buches. Abgesehen von dieser Unvollständigkeit leidet die Einteilung im Verbrauch und Zerstörung an verschiedenartigen Unklarheiten, auch in der von v. Liszt und Frank gegebenen Substantiierung. Wenn v. Liszt und Frank den Verbrauch in der bestimmungsgemässen, die Zerstörung in der bestimmungswidrigen Verletzung der Sachintegrität erblicken, so fehlt es bei dieser Definition an der Bezeichnung der zweckbestimmenden Faktoren, an einer Unterscheidung zwischen der aus der Natur der Sache sich ergebenden abstrakten und der aus dem Verhältnis zu dem berechtigten Inhaber sich ergebenden konkreten Zweckbestimmung der Sache, an der Unterscheidung zwischen rechtlichen und ökonomischen Zweckbestimmungen, an der Erörterung der Zweckbestimmung wertloser Sachen. Die Unterscheidung zwischen Verbrauch und Zerstörung ist jedoch nicht nur unvollständig und unklar, sondern entbehrt auch der tieferen Grundlage. Wenn z. B. v. Liszt [1]) die Aneignung als völlige eigentumsgleiche Beherrschung der Sache bezeichnet, so ist es doch unmotiviert, wenn er die Zerstörung nicht für eine völlige eigentumsgleiche Beherrschung der Sache ansieht, wo doch die Herrschaft des Täters so intensiv, wie nur möglich, zum Ausdruck kommt. Die tiefere Begründung des Unterschiedes zwischen Verbrauch und Zerstörung, wie sie Binding [2]) zu geben sucht, kann auch nicht befriedigen. Binding sagt, die Zerstörung sei deshalb das Gegenteil der Aneignung, weil sie, vom Eigentümer vorgenommen, Verlust des Eigentums bedeutet, mithin, vom Täter vorgenommen, nicht „Aneignung", nicht Erwerb eines Quasieigentums, sein kann. Wenn diese Begründung richtig wäre, dann könnte auch die Übertragung der Sache an einen Dritten, ebensowenig die Dereliktion — z. B. Ausstreuen von Konfetti — ja nicht einmal das Verzehren von Nahrungs- oder Genussmitteln eine Aneignung darstellen, da in allen diesen Fällen der wirkliche Eigentümer, falls er eine der vorbezeichneten Handlungen vornähme, seines Eigentumsrechts verlustig gehen würde. So gerät auch Binding in Widerspruch zu sich selbst, indem er Bd. I, S. 269 Verbrauch als Aneignung, Bd. I S. 249 dagegen als Sachbeschädigung ansieht!

Wie der Aufbau der Theorie der Gruppe I Teil 1 einer tieferen theoretischen Begründung entbehrt, so lassen uns die Ergebnisse derselben bei praktischen Entscheidungen im Stich. Wie wäre z. B. vom Stand-

[1]) S. 431.

[2]) Bd. 1, S. 268.

punkte der Vertreter der Unterscheidung zwischen Verbrauch und Zerstörung der Fall der bestimmungswidrigen Spezifikation zu entscheiden? A schneidet sich aus B's Rock eine Weste zurecht. Er erwirbt hier juristisches Eigentum infolge seiner Verarbeitung, und doch müsste Gruppe I Teil 1 das Vorliegen der Aneignung leugnen, da infolge der bestimmungswidrigen Verletzung der Sachintegrität Zerstörung vorliegt, diese aber infolge ihres alternativen Verhältnisses zur Aneignung diese letztere ausschliesst. Ein fernerer praktischer Fall, bei dessen Entscheidung die Theorie der Gruppe I Teil 1 versagt, ist der, wo die Aneignung sich nur auf einen Sachteil, die Beschädigung auf die ganze Sache erstreckt. Es reisst z. B. A zwecks schnellerer Erledigung seiner Geschäfte einige Blätter aus einem fremden Adressbuche heraus. Hier würde doch auch die Gruppe I Teil 1 Aneignung der Blätter ebensowenig wie die Beschädigung des Buches leugnen können, sie müsste demnach den Standpunkt der Alternativität preisgeben, da bei konsequenter Durchführung des Prinzipes der Alternativität derartige Fälle unentscheidbar wären.

Was die Gruppe I Teil 2 anbetrifft, die das Vorliegen der Alternativität auf subjektiven Momenten aufbaut, so teilt v. Hippel, der Hauptvertreter dieser Theorie, den Begriff der Aneignung in eine objektive Seite: die Begründung der generellen Herrschaft und eine subjektive Seite: den Eigentümerwillen. Die objektive Seite ist demnach nach v. Hippel die Begründung und nicht die Ausübung der generellen Herrschaft. Wenn A dem B einen Apfel wegnimmt, so ist nach v. Hippel das Essen des Apfels nicht Aneignung, sondern nur Ausübung vorangegangener Aneignung. Die prinzipielle Unrichtigkeit dieser Auffassung zeigt sich im Falle der Unterschlagung. Da hier die generelle Herrschaft bereits begründet ist, so müsste v. Hippel entweder die Möglichkeit einer Unterschlagung überhaupt leugnen, oder das Hinzutreten des Eigentümerwillens seitens des Gewahrsaminhabers zum Vorliegen der Aneignung für ausreichend halten oder für die Unterschlagung einen anderen Begriff der Aneignung als für den Diebstahl aufstellen. Diese Konsequenzen beweisen die Unrichtigkeit der objektiven Seite des von v. Hippel aufgestellten Aneignungsbegriffes. Was die subjektive Seite der Aneignung im v. Hippel'schen Sinne anbetrifft, so gibt er uns nur eine negative Substantiierung des Eigentümerwillens.[1]) Jedenfalls

[1]) S. 36.

ist nach v. Hippel der „Eigentümerwille" nicht identisch mit ökonomischen Zweckbestimmungen des Täters.[1]) Eine Ergänzung des von v. Hippel nur angedeuteten Wesens des Eigentümerwillens würde ungefähr folgendermassen lauten: Ist die Verletzung der Sachintegrität von dem Lustgefühle des Täters begleitet, über die Sache verfügen zu können, so liegt Aneignung vor, ist dagegen die Verletzung der Sachintegrität von dem Lustgefühle des Täters begleitet, dass der Beschädigte über die Sache nicht verfügen kann, so liegt Sachbeschädigung vor. Wenn A den Wagen des B verbrennt, um sich an dem Flammenspiel zu ergötzen, so läge nach v. Hippel Aneignung des Wagens vor, wenn er dagegen den Wagen verbrennt, um B zu ärgern, so wäre dies Sachbeschädigung. Die Theorie v. Hippels scheitert an ihrer praktischen Undurchführbarkeit und an dem Umstande, dass bei der Verletzung der Sachintegrität die beiden heterogenen Lustgefühle mit einander oft konkurrieren. Diese Theorie entbehrt jedoch auch der richtigen Grundlage, indem sie das Vorliegen der Sachbeschädigung lediglich von Zweckbestimmungen des Täters abhängig macht und nicht auch von Zweckbestimmungen, die die Sache schon vor der Tat hatte. Wenn A des B Holzbank als Brennholz benutzt, wenn er sein Perlendiadem stückweise verkauft, wenn er sich aus seinem Fruchtbaum einen Spazierstock zurechtschneidet, so liegt in allen diesen Fällen trotz seines Eigentümerwillens sicherlich auch Sachbeschädigung im Sinne des § 303 vor.[2])

Was die Theorie der Gruppe II anbelangt, so sieht sie die Grenzlinien zwischen Sachbeschädigung einerseits Diebstahl und Unterschlagung anderseits in dem Nichtvorliegen oder Vorliegen des Gewahrsams auf seiten des Täters. Abgesehen davon, dass es für diese Abgrenzung an jeglichen Anhaltspunkten im Gesetze selbst fehlt, so führt sie anderseits in vielen Fällen zur praktischen Ausschaltung der Sachbeschädigung, denn der Zerstörer hat häufig den Gewahrsam an der von ihm zerstörten Sache. Ferner sprechen sich die Vertreter dieser Theorie darüber nicht aus, ob sie in allen den Fällen in der Zerstörung einer Sache Aneignung sehen, wo der Zerstörer den Gewahrsam an der zerstörten Sache gehabt hat ohne Rücksicht auf den Grund der Gewahrsamserlangung, oder nur in Fällen, wo der Zerstörer den Gewahrsam durch widerrechtliche Wegnahme erlangt hat. Ersterenfalls würde der Entleiher eines

[1]) S. 36.

[2]) Nähere Begründung S. 18 ff.

Buches, der es ins Feuer wirft, der Mieter einer Vase, der sie zertrümmert, immer Unterschlagung, nie Sachbeschädigung begehen. Dass diese Konsequenz unserem Rechtsempfinden widerspricht, liegt auf der Hand. Falls jedoch Gruppe II diese Fälle nicht für Unterschlagungen, sondern für Sachbeschädigungen ansehen wollte, so würde sie den einheitlichen Aneignungsbegriff spalten und ein und dieselbe Handlung entweder für Aneignung oder Sachbeschädigung ansehen müssen, je nachdem der Täter den Gewahrsam durch rechtswidrige Wegnahme oder auf andere Weise erlangt hat.

Die Ansicht der Gruppe II leidet somit an einer wesentlichen Unklarheit. Eine Behebung derselben führt aber zu unannehmbaren Ergebnissen oder zur Spaltung des Aneignungsbegriffes in den beiden Delikten Diebstahl und Unterschlagung.

§ 5.

4. Übersicht über die eigene Ansicht des Verfassers.

Die eigene Ansicht des Verfassers ergibt sich aus den nachfolgenden Erörterungen über das Wesen der Sachbeschädigung und der Aneignung.

Hier sei nur eine Übersicht über die Ergebnisse, zu denen der Verfasser auf Grund der von ihm vertretenen Ansicht gelangt, gegeben:

Die Sachbeschädigung zerfällt in ein naturwissenschaftliches und ein rechtliches Moment. Das naturwissenschaftliche Moment ist Formveränderung der Sache, das rechtliche eine zweckwidrige [1]) oder zwecklose [2]) Verletzung der Sachintegrität, die eine Reparatur nötig oder unmöglich macht.

Die Aneignung zerfällt in ein rechtliches Moment, dessen objektive Seite die Gewahrsamsausübung und dessen subjektive Seite der Eigentümerwille bildet, und in ein ökonomisches Moment, das in dem Willen der wirtschaftlichen Verfügung besteht.

Da somit die Sachbeschädigung und Aneignung weder heterogen

---

[1]) A wirft des B Buch ins Feuer; hier widerspricht Verbrennen dem Zweck der Sache.

[2]) Das Dienstmädchen brennt Gas aus Rache gegen die Herrschaft, hier ist das Brennen des Gases für den Täter zwecklos, obwohl er es objektiv — an und für sich zweckentsprechend ist.

noch wesensgleich sind, so stehen sie zu einander im Verhältnisse der Neutralität.

Was die Methode der Durchführung der Ansicht des Verfassers anbetrifft, so erfolgt zunächst die Erörterung der Sachbeschädigung, daran knüpft sich die Erörterung des Begriffes der Aneignung und hieran als Schlussteil die Erörterung der Ergebnisse.

II. Die eigene Ansicht des Verfassers.

I. Der Begriff der Sachbeschädigung.

§ 6.

a) Begriff der Sacheinheit im § 303 Str.G.B.

Wenn wir nun zu der Erörterung des Begriffes der Sachbeschädigung schreiten, so müssen wir diesen Begriff in seine logischen Bestandteile zerlegen, d. h. in den Begriff der Sache und den Begriff der Beschädigung. Die Sache ist im § 303 Str.G.B. das Objekt, auf welches sich das Tätigkeitswort „Beschädigung" bezieht. Wann nun eine Sacheinheit im Sinne des § 303 Str.G.B. vorliegt, wollen wir im folgenden prüfen, jedoch nur insoweit als dies für unser Problem von Interesse ist. Die Festlegung des Begriffes der Sacheinheit ist aber vom Standpunkte unseres Problems wichtig für die Feststellung der Konkurrenz zwischen der Aneignung eines Sachteils und der Beschädigung eines Sachganzen, z. B. bei dem Herausnehmen eines Ventils aus dem Gummireifen eines Zweirades. Ist hier durch das Herausnehmen des Ventils das ganze Rad beschädigt worden? Fernere Beispiele, die sich daran knüpfen, wären folgende: Ist die Beschädigung oder Aneignung einer Hose Beschädigung des ganzen Anzugs, die Beschädigung oder Aneignung einer Badewanne Beschädigung des Hauses, die Aneignung des Glases aus einer Brille Beschädigung der Brille, das Verzehren eines Apfels aus einer kunstvollen Äpfelpyramide Beschädigung der Pyramide? Die Entscheidung dieser Fragen ist davon abhängig, ob die betreffenden Gegenstände, Rad mit Ventil, ein Anzug, bestehend aus Hose, Weste und Überrock, ein Haus mit Badewanne, eine Äpfelpyramide bestehend aus 100 Äpfeln, Sacheinheiten im Sinne des § 303 Str.G.B. bilden.

Der Begriff der Sacheinheit beruht nicht lediglich auf Kohärenz.[1]) Adhärenz dagegen ist immer erforderlich, denn ohne Adhärenz würde ein körperliches Zusammensein fehlen. Das Moment der Körperlichkeit ist aber für den § 303 Str.G.B. ebenso geboten wie für das Civilrecht.[2]) Mithin bilden Sachgesamtheiten keine Sacheinheiten im Sinne des § 303 Str.G.B., so ist z. B. das Auseinandertreiben eines Bienenschwarmes keine Sachbeschädigung. Die Adhärenz ist jedoch für den Begriff der Sacheinheit nicht genügend. Zusammenliegende Bücher, ein gesatteltes Pferd u. dergl. sind keine Sacheinheiten, obwohl die Bücher bezw. Pferd und Sattel adhärent sind, da sie nicht als Sacheinheiten gelten. Deshalb muss zu dem Erfordernis der Adhärenz noch der Umstand hinzutreten, dass die adhärierenden Teile als Sacheinheiten gelten,[3]) so sind z. B. blosse Quantitäten nie Sacheinheiten, da sie nicht als Sacheinheiten gelten, z. B. ein Pfund Butter, ein Liter Milch u. dergl.[4]) Es sind aber adhärierende Teile, die als Sacheinheiten gelten, nicht immer Sacheinheiten, sondern nur dann, wenn sie infolge ihrer Adhärenz als Sacheinheiten gelten, denn andernfalls spricht man ihnen nicht infolge ihrer Körperlichkeit, sondern aus anderen Gründen die Qualität einer Sacheinheit zu. So ist z. B. das Auseinanderwerfen aufeinandergelegter loser Blätter einer wissenschaftlichen Arbeit keine Sachbeschädigung, da diese Blätter, obwohl sie adhärent sind, nicht infolge ihrer Adhärenz als Sacheinheit, nämlich als Entwurf u. dergl., gelten.

Wann gelten aber adhärierende Teile als Sacheinheiten? Bilden z. B. adhärierende Teile, die wesentliche Bestandteile einer Sache sind, mit der Hauptsache unter allen Umständen Sacheinheiten im Sinne des § 303? Man wird diese Frage verneinen müssen. Wenn z. B. eine Badewanne, die nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts einen wesentlichen Bestandteil eines Hauses darstellt, zertrümmert wird, so wird niemand darin eine Beschädigung des Hauses selbst erblicken. Anderseits kann die Beschädigung eines unwesentlichen Teils einer Sache, ja sogar eines Zubehörteils der Hauptsache, die Beschädigung der ganzen Sache sein. So wird niemand daran zweifeln, dass das Zertrümmern des Glases in einer Brille Beschädigung der Brille selbst ist, obwohl nach dem Wortlaut des § 93 B.G.B. das Glas nicht wesentlicher

---

[1]) Ebenso Dernburg III, S. 3.

[2]) Eine tiefere Begründung dieses Erfordernisses erscheint hier nicht geboten.

[3]) Siehe Windscheid-Kipp. I, S. 397.

[4]) A. A. Dernburg, 3, S. 3.

Bestandteil der Brille ist,[1]) ebenso ist das Beschädigen der Bremse an einem Zweirade sicherlich Beschädigung des Rades selbst, obwohl die Bremse nur Zubehörteil des Rades ist. Hieraus ergibt sich aber, dass das Vorliegen einer Sacheinheit von den zivilrechtlichen Begriffen des wesentlichen oder unwesentlichen Bestandteils oder des Zubehörteils unabhängig ist, und dass als Sacheinheiten dann adhärierende Teile angesehen werden, wenn sie im Verkehrsleben als Sacheinheiten gelten. Es gelten aber z. B. ein Rad mit Ventil, eine Äpfelpyramide und dergl. im Verkehrsleben als Sacheinheiten; somit ist die Aneignung des Ventils aus dem Gummireifen eines Zweirades Beschädigung des ganzen Rades, das Verzehren des Apfels aus der Äpfelpyramide Beschädigung der kunstvollen Äpfelpyramide. Dagegen ist die Beschädigung der Hose nicht Beschädigung des Anzugs, da der Anzug nicht infolge einer Adhärenz als Sacheinheit gilt.

b) Der Begriff der beschädigenden Handlung.

§ 7.

α) Das naturwissenschaftliche Moment.

Damit ist die Erörterung über den Begriff der Sacheinheit im Sinne des § 303 Str.G.B., soweit derselbe für unser Problem von Bedeutung ist, erschöpft. Es kommt demnach noch das zweite Merkmal der Sachbeschädigung, die beschädigende Handlung, in Betracht. Wie in der Einleitung erwähnt, zerfällt dieser Begriff in ein naturwissenschaftliches und in ein rechtliches Moment.

Was das Wesen des naturwissenschaftlichen Moments, d. h. des Begriffes der Verletzung der Sachintegrität anbetrifft, so stehen sich hier zwei Meinungen gegenüber. Die eine Ansicht fordert Substanzverletzung,[2]) die andere Formveränderung.[3]) Diese Streitfrage naturwissenschaftlichen Charakters ist auch von bedeutender juristischer Tragweite, z. B. hinsichtlich der Frage der Entwendung von Elektrizität, der Veränderung des Aggregatzustandes, des Auseinandernehmens einer Maschine und dergl.

---

[1]) Das Auseinandernehmen braucht weder den einen Bestandteil — die Einfassung noch —, den anderen — das Glas — zu beschädigen.

[2]) v. Liszt, S. 450; Olshausen, § 303, 4a; Frank, § 303 II.

[3]) Meyer, S. 536, Rotering, GS. 47, S. 215.

Wie bei jeder Handlung, so sind auch bei der Verletzung der Sachintegrität, d. h. dem naturwissenschaftlichen Moment der Sachbeschädigung, der Begriff des Mittels und der Begriff des Erfolges auseinanderzuhalten. Regelmässig wird die gleiche Art des Mittels einen gleichartigen Erfolg herbeiführen, z. B. mechanische Mittel einen physikalischen Erfolg, es kann jedoch auch ein mechanisches Mittel einen chemischen Erfolg herbeiführen. Für das Wesen der Verletzung der Sachintegrität ist aber nicht die Art des Mittels, sondern die Art des Erfolges massgebend, da nach dem Wortlaut und dem logischen Gefüge des § 303 Str.G.B. es darauf ankommt, o b eine Sache beschädigt und nicht w i e sie beschädigt ist.

Um jedoch das Wesen des naturwissenschaftlichen Erfolges richtig zu erfassen, müssen wir das Verhältnis der Art der Mittel zu der Art des Erfolges in Betracht ziehen.

Die Mittel, die zur Verletzung der Sachintegrität führen können, sind dreifacher Natur: mechanische, chemische und Energieen. Die mechanischen Mittel können entweder einen physikalischen, z. B. Zertrümmern einer Statue, oder einen chemischen Erfolg haben, z. B. Anzünden eines Streichholzes an der rauhen Fläche einer Streichholzschachtel. Die chemischen Mittel führen zu einem chemischen Erfolg, z. B. Auflösen eines Ringes in Königswasser. Die Energieen als Mittel einer Sachbeschädigung haben entweder einen physikalischen Erfolg, z. B. Zerschmelzen eines Eisblocks durch Wärme, oder einen chemischen, z. B. Verbrennen durch Elektrizität.

Der dreifachen Art von naturwissenschaftlichen Mitteln entspricht somit ein zweifacher naturwissenschaftlicher Erfolg: entweder ein physikalischer oder ein chemischer. Dieser letztere liegt vor, wenn die Moleküle der Sache in sich geändert werden, der erstere dagegen, wenn die Moleküle bei ihrer inneren Intaktheit die Lage zu einander ändern. Der erste chemische Erfolg wird in der Naturwissenschaft als Substanzveränderung — eine naturwissenschaftliche Substanzverletzung gibt es überhaupt nicht —, der letztere, der physikalische Erfolg, als Formveränderung bezeichnet. Da nun bei der rechtlichen Sachbeschädigung nur in den wenigsten Fällen ein chemischer Erfolg vorliegt, so ist für den Begriff der Sachbeschädigung im Sinne des § 303 das Vorliegen einer Formveränderung ausreichend, die ja auch den Begriff der Substanzveränderung umfasst, da im letzteren Falle die Moleküle infolge ihrer inneren Umgestaltung auch die Lage zu einander ändern.

Das naturwissenschaftliche Moment bei dem Begriffe der Sachbeschädigung im Sinne des § 303 Str.G.B. ist demnach Formveränderung. — Wann nun die Moleküle durch die Tat ihre Lage zu einander geändert haben, hängt davon ab, ob unsere Sinne nach der Tat anders als zuvor auf die Sache reagieren. Es genügt hierbei schon eine abweichende Reaktion eines unserer Sinne: Wenn eine Glocke durch irgend eine Manipulation einen schlechten Klang bekommt, so genügt es, wenn nur unser Gehör auf die Glocke anders reagiert, es ist dagegen eine abweichende Reaktion unseres Gesichtssinnes nicht erforderlich — ein Riss und dergl. braucht nicht festgestellt zu werden. Auch ist es nicht erforderlich, dass eine mit der Sache vorgenommene Veränderung in unseren Tastsinn fällt. Wenn Farben blass gemacht werden, so genügt es, dass nur unser Gesichtssinn auf die Sache anders reagiert. Anderseits können zwecks Feststellung einer abweichenden Reaktion künstliche Mittel, z. B. optische Instrumente, benutzt werden.

Aus unserem Ergebnis, dass für das naturwissenschaftliche Moment der Sachbeschädigung im Sinne des § 303 Str.G.B. der Erfolg massgebend ist, und dieser eine Formveränderung sein muss, sind nachstehende Folgerungen zu ziehen. Die Art des zur Sachbeschädigung angewandten Mittels ist unerheblich. Es können demnach Energieen Mittel zu einer Sachbeschädigung sein. So liegt Sachbeschädigung vor, wenn durch die Energie des Lichtes Farben blass gemacht werden, so liegt ferner Sachbeschädigung vor, wenn durch Verwandlung der potenziellen Energie in kinetische ein Stein vom hohen Gerüst herabstürzt und zerschmettert wird, so liegt auch Sachbeschädigung in dem Falle vor, wo durch Verwandlung der kinetischen Energie in potenzielle ein Aufzug angehalten wird und einen Defekt erleidet. Unerheblich ist in allen diesen Fällen das angewandte Mittel, ausschlaggebend der Erfolg. Auch ist anderseits der Zweck, den man durch die Formveränderung erstrebt, unerheblich. Somit liegt auch in den Fällen Sachbeschädigung vor, wo der Täter durch Formveränderung die Schaffung einer Energie bezweckt, so, wenn sich jemand durch Verbrennen von Kohlen die Energie der Wärme verschafft. So ist es auch für das Vorliegen des naturwissenschaftlichen Moments der Sachbeschädigung unerheblich, wenn sowohl das angewandte Mittel als auch der erstrebte Zweck Energieen darstellen. Wenn A des B Eis zum Sektkühlen benutzt, so war das Mittel, wodurch das Eis zerschmolz, Wärme — eine Energie —, der erstrebte Zweck Kälte — ebenfalls eine Energie —, und doch liegt in diesem Falle das

naturwissenschaftliche Moment der Sachbeschädigung vor, da eine Formveränderung des Eises vorliegt. Energieen können somit, obwohl sie nicht Objekt einer Sachbeschädigung sein können, sehr wohl Mittel oder Zweck einer Sachbeschädigung sein.

Vom Standpunkte unserer Ansicht aus, dass das naturwissenschaftliche Moment bei der Sachbeschädigung des § 303 Str.G.B. eine Formveränderung darstellt, ergibt sich ferner, dass es gleichgültig ist, ob durch die Handlung die Kohäsion oder die Adhäsion einer Sache zerstört wird, ob z. B. eine Statue zerschmettert oder eine Maschine auseinandergenommen wird, wobei selbst die kleinste Schraube intakt bleibt. Dieser letztere Fall könnte vom Standpunkte der Substanzverletzung absolut keine Sachbeschädigung darstellen, da die Substanz der Maschine unverändert bleibt, und doch nimmt v. Liszt [1]) sogar beim Einfügen eines Keiles in eine Maschine Sachbeschädigung an. Wenn das Reichsgericht [2]) diese Ansicht durch die Erwägung zu retten sucht, dass durch das Einfügen des Keiles das Funktionieren der Maschine zerstört wird, so ist dies unrichtig, denn die Zerstörung des Funktionierens ist die Zerstörung einer Energie, mithin für das Vorliegen einer Sachbeschädigung unerheblich. Nur vom Standpunkte der Theorie der Formveränderung lässt sich hier zur Not eine Sachbeschädigung konstruieren. Es erscheint jedoch etwas bedenklich, anzunehmen, dass durch das Einfügen des Keiles die Maschine eine andere Form angenommen hat. Sicherlich liegt eine Formveränderung und mithin eine Sachbeschädigung in den Fällen n i c h t vor, wo jemand in eine Bohrmaschine ein Stück Eisen hineinlässt und so das Funktionieren der Bohrmaschine unmöglich macht, auch nicht in den Fällen, wo jemand um einen Dampfpflug einen tiefen Graben gräbt, so dass der Dampfpflug seine Arbeit nicht verrichten kann, schliesslich auch nicht in den Fällen, wo das Funktionieren einer Fabrik dadurch unmöglich gemacht wird, dass die Arbeiter zum Streiken veranlasst werden. In allen diesen Fällen liegt zwar eine Zerstörung des Funktionierens, aber nicht eine Formveränderung der Sache vor.

Schliesslich sei noch erwähnt, dass vom Standpunkte der Formveränderung die Veränderung des Aggregatzustandes, die keine Substanzveränderung ist, bezüglich ihrer Qualifizierung als Sachbeschädi-

---

[1]) S. 450.

[2]) 20, 182.

gung keine Schwierigkeiten darbietet, so z. B. das Zerschmelzen von Eis, das Entweichenlassen von flüssiger Luft und dergl. Vom Standpunkte der Substanzverletzung müsste man auch hier die Sachbeschädigung leugnen.

§ 8.

β) Das rechtliche Moment.

Dass dieses soeben erörterte naturwissenschaftliche Moment den Begriff der Sachbeschädigung im Sinne des § 303 Str.G.B. nicht erfüllt, ist unbestritten. Das Verzehren von Früchten, das Rauchen von Zigarren und dergl. stellt eine Formveränderung dar, ohne dass jedoch eine juristische Sachbeschädigung vorliegt. Damit eine Sachbeschädigung im Sinne des § 303 Str.G.B. vorliegt, müssen zu dem naturwissenschaftlichen noch rechtliche Momente hinzutreten. Über das Wesen dieser rechtlichen Momente ist man sich nicht einig, und man kann die Ansichten hierüber in zwei Lager teilen: ein objektives und ein subjektives. Die objektive Ansicht [1]) hält die Sachbeschädigung für ausgeschlossen, wenn die Verletzung der Sachintegrität den Zweckbestimmungen der Sache entspricht, die subjektive Ansicht [2]) hält dagegen die Sachbeschädigung für ausgeschlossen, wenn der Täter bei der Verletzung der Sachintegrität seinen Eigentümerwillen betätigt, d. h. vornehmlich ökonomische Zweckbestimmungen verfolgt hat. Nach der objektiven Theorie wäre z. B. das Verbrennen von Kohlen nie Sachbeschädigung, da das Verbrennen objektiv der Zweckbestimmung der Kohlen entspricht, nach der subjektiven Theorie wäre dagegen das Verbrennen von Kohlen dann Sachbeschädigung, wenn es ohne Verfolgung ökonomischer Zweckbestimmungen geschehen ist; das Verbrennen einer Holzstatue wäre wiederum nach der objektiven Theorie immer Sachbeschädigung, da es der Zweckbestimmung der Statue wiederspräche, nach der subjektiven Theorie wäre es dagegen dann keine Sachbeschädigung, wenn der Täter durch das Verbrennen seinen Eigentümerwillen betätigt, d. h. seine eigenen ökonomischen Zweckbestimmungen im Auge gehabt hat.

Was die Kritik dieser beiden Ansichten anbetrifft, so kann der objektiven Theorie nicht beigetreten werden, da sie den objektiven

[1]) v. Liszt, S. 450.

[2]) v. Hippel, S. 34; Lueder, S. 59.

Standpunkt einseitig vertritt. Eine Handlung, die an und für sich zweckentsprechend ist, kann subjektiv völlig zwecklos sein. Wenn ich Gas anzünde, so ist das Anzünden des Gases objektiv zweckentsprechend; es ist jedoch subjektiv ohne jeden wirtschaftlichen Zweck, wenn z. B. ein Dienstmädchen aus Rache gegen ihre Herrschaft Gas brennt. Man wird deshalb über den Standpunkt der objektiven Theorie hinausgehen müssen, und Sachbeschädigung nicht nur dann annehmen, wenn die Verletzung der Sachintegrität zweckwidrig, sondern auch dann wenn sie zwecklos war. Die objektive Theorie krankt demnach an der Nichtberücksichtigung subjektiver Momente.

Anderseits ist es ein Fehler der subjektiven Theorie, dass sie unter Umständen bei zweckwidriger Verletzung der Sachintegrität die Sachbeschädigung für ausgeschlossen sieht, denn dann müsste von ihrem Standpunkte aus derjenige, der eine Sache zweckwidrig zu seinem Vorteil beschädigt, ohne den Gewahrsam an ihr zu haben, straflos bleiben; es würde z. B. das Übermalen eines fremden Ladenschildes aus Konkurrenzneid straflos bleiben. Um derartigen Konsequenzen zu entgehen, muss man jedenfalls jede zweckwidrige Verletzung der Sachintegrität als Sachbeschädigung ansehen.

Unser Standpunkt bezüglich des rechtlichen Moments bei der Sachbeschädigung im Sinne des § 303 Str.G.B. ist demnach ein objektiv-subjektiver. Sachbeschädigung liegt vor, wenn die Verletzung der Sachintegrität objektiv der Zweckbestimmung der Sache widerspricht oder ohne jede wirtschaftliche Zweckbestimmung für den Täter ist. Diese beiden Möglichkeiten — die objektive Zweckwidrigkeit und die subjektive Zwecklosigkeit sind nun einer näheren Erörterung zu unterziehen.

Die Vertreter der objektiven Theorie fassen die Zweckwidrigkeit auf als Beeinträchtigung oder Aufhebung der Brauchbarkeit für die Zweckbestimmung der Sache.[1]) Diese Auffassung ist jedoch nicht richtig. Ob die Brauchbarkeit aufgehoben wird oder nicht, ist unerheblich. Wenn ich einen Apfel esse, eine Zigarre rauche, so mache ich durch die Verletzung der Integrität dieser Sachen dieselben unbrauchbar, und doch liegt darin keine Sachbeschädigung, da die Verletzung der Sachintegrität zweckentsprechend und nicht zwecklos war. Das Moment der verminderten oder aufgehobenen Brauchbarkeit ist dem-

[1]) v. Liszt, S. 450; Olshausen, § 303[4a]; Frank, § 303.

nach unwesentlich, wesentlich ist nur das Moment der Zweckwidrigkeit. Zweckwidrig ist aber diejenige Verletzung der Sachintegrität, welche der Zweckbestimmung der Sache widerspricht. Wir müssen es demnach feststellen, was das Wesen der Zweckbestimmung ist, und wann die Verletzung der Sachintegrität der Zweckbestimmung der Sache widerspricht. Für die Festlegung des Begriffes der Zweckbestimmung sind der Zeitpunkt der Zweckbestimmung und die zweckbestimmenden Faktoren ins Auge zu fassen.

Was den Zeitpunkt der Zweckbestimmung anbetrifft, so ist die Zweckbestimmung, die eine Sache vor der Tat gehabt hat, nicht massgebend. Wer einen Reklamekarpfen tötet, handelt zweckwidrig, auch wenn der Karpfen hat ursprünglich geschlachtet werden sollen. Unerheblich ist auch die Zweckbestimmung, die die Sache einmal nach der Tat haben würde. Wer eine Holzbank verbrennt, handelt zweckwidrig, auch wenn der schliessliche Zweck einer Holzbank darin besteht, Brennmaterial abzugeben. — Hieraus ergibt sich, dass der Zeitpunkt der Zweckbestimmung mit dem Zeitpunkte der Tat zusammenfallen muss: massgebend ist die Zweckbestimmung, die die Sache zur Zeit der Tat hatte. — Dieser Zeitpunkt der Zweckbestimmung ist unabhängig von dem Zeitpunkte der Zweckerfüllung: wenn A des B Zigarre raucht, die dieser erst nach einem Jahre rauchen wollte, so sollte die Zigarre zur Zeit der Tat ihren Zweck noch nicht erfüllen, sie hatte jedoch schon damals die Zweckbestimmung geraucht zu werden; mithin liegt in dem Rauchen der Zigarre keine Sachbeschädigung. Erheblich ist der Zeitpunkt der Zweckerfüllung nur dann, wenn die Sache zwischen dem Zeitpunkt der Zweckbestimmung und dem Zeitpunkt der Zweckerfüllung eine Wesensänderung erfährt: wer völlig unreife Äpfel isst, begeht Sachbeschädigung,[1]) da die Äpfel erst nach einer völligen Wesensänderung ihren Zweck erfüllen sollten. Unerheblich ist auch der Umstand, wem gegenüber die Sache ihren Zweck erfüllen sollte. Wenn A des B Zigarren raucht, so handelt er nicht deshalb zweckwidrig, weil die Zigarre von B selbst geraucht werden sollte. Für die Frage der Zweckwidrigkeit der Verletzung der Sachintegrität ist demnach die Zweckbestimmung massgebend, die die Sache zur Zeit der Tat hatte, ohne Rücksicht auf die Person und den Zeitpunkt der Zweckerfüllung, es sei denn, dass in der Zeit zwischen der Zweckbestimmung und der Zweckerfüllung die Sache eine Wesensänderung erfährt.

[1]) Ob nicht daneben Diebstahl oder Mundraub, darüber unten S. 45 ff., 48 ff.

Was den zweiten für den Begriff der Zweckbestimmung wesentlichen Punkt, nämlich die zweckbestimmenden Faktoren, anbetrifft, so können zwei Arten derselben in Betracht kommen: rechtliche oder ökonomisch-soziale. Die rechtlichen Momente können jedoch nicht als selbständige zweckbestimmende Faktoren in Betracht kommen; über die Zweckbestimmung einer Sache entscheidet vielmehr grundsätzlich die Allgemeinheit, die Kulturgemeinschaft. Daraus ergibt sich, dass auf der Basis rechtlicher Momente der freie Wille des Eigentümers keinen selbständigen zweckbestimmenden Faktor darstellt. Dass diese Folgerung richtig ist, ergibt sich auch aus der Erwägung, dass der Eigentümer einer Sache andernfalls dieselbe weder beschädigen noch zerstören könnte, da die Verletzung der Integrität immer mit seinem zweckbestimmenden Willen im Einklang stände.[1]) Diese Folgerung würde auch sicherlich unserem Rechtsempfinden widersprechen. Von unserem Standpunkte aus ist aber auch die Zerstörung seitens eines Unberechtigten einer vom Eigentümer dem Untergange grundlos geweihten Sache Sachbeschädigung. Wenn A seine kostbare Vase zertrümmern will, wenn er einen blühenden Baum niederhauen lässt, und B, ohne etwas davon zu wissen, ihm darin zuvorkommt, so begeht B vollendete Sachbeschädigung und nicht einen untauglichen Versuch einer Sachbeschädigung. — Die Anerkennung ökonomisch-zozialer Momente als zweckbestimmender Faktoren führt jedoch zu zweifelhaften Ergebnissen, da nicht der Zweck einer jeden Sache nach der Verkehrsanschauung eindeutig bestimmt ist, so kann z. B. ein künstlerisch geschnitzter Schrank nach der Verkehrsanschauung ebenso gut als Kunstgegenstand als auch als Gebrauchsgegenstand angesehen werden. Als Regulator der ökonomisch-sozialen Anschauungen muss demnach, damit der Zweck der Sache eindeutig bestimmt werde, das Verhältnis des berechtigten Inhabers zur Sache in Betracht kommen. Das rechtliche Verhältnis des Berechtigten zur Sache ist demnach nicht

---

[1]) Der Eigentümer kann sicherlich eine „rechtliche" Sachbeschädigung begehen, er ist nur deshalb straflos, weil die Sache nicht eine fremde ist. Dass eine strafbare „rechtliche" Sachbeschädigung an der eigenen Sache möglich ist, zeigt auch § 304 Str.G.B. — Das „rechtliche" Moment der Sachbeschädigung ist in der vorliegenden Arbeit im Gegensatz zum „naturwissenschaftlichen" Moment gestellt. — Es ist demnach kein Widerspruch, wenn wir das „rechtliche" Moment durch ökonomisch-soziale Zweckbestimmungen substanzieren.

ein selbständiger zweckbestimmender, wohl aber ein die Verkehrsanschauung regulierender Faktor. Der freie Wille des Berechtigten ergänzt oder ersetzt die Anschauungen des sozialen Lebens. Er ergänzt sie, wenn der Zweck einer Sache nicht klar hervortritt, so entscheidet er z. B. ob ein halbverdorrter Baum gefällt, ob ein krankes Pferd getötet werden soll. Er ersetzt sie, wenn die Sache einen ökonomisch-sozialen Zweck nicht hat, d. h. der zweckbestimmende Wille des Berechtigten ist vollständig frei bei der Zweckbestimmung wertloser Sachen. A hat von seiner Braut eine Haarlocke erhalten, B verbrennt sie — Sachbeschädigung. Die Haarlocke ist ökonomisch wertlos, es entscheidet demnach die freie Willensbestimmung des Berechtigten, und die lautet: die Haarlocke soll als ein teures Andenken intakt bleiben. Derjenige, der sie verbrennt, handelt somit zweckwidrig. — Wann der Wille des Berechtigten noch als regulierendes Moment der ökonomisch-sozialen Anschauungen anzusehen ist, kann in Grenzfällen zweifelhaft sein: A hat eine Renommierzigarre, B raucht sie — keine Sachbeschädigung, da Renommierzigarren jeglicher ökonomisch-sozialen Existenzberechtigung entbehren, mithin ein Rauchen derselben nicht zweckwidrig ist; — A hat einen Zierbock, B schert ihn — zweifelhaft, denn einerseits ist es seitens des Berechtigten unökonomisch, einen Schafbock nicht scheren zu lassen, anderseits ist es aber nicht vollständig zwecklos, da durch den Zierbock die Schönheit der Herde gehoben wird; — A hat einen Reklamekarpfen, B tötet ihn — Sachbeschädigung, denn wenn es auch der allgemeinen Zweckbestimmung widerspricht, einen Karpfen nicht zu töten, so ist es anderseits im konkreten Falle durchaus ökonomisch, einen Karpfen nicht zu töten, damit Käufer durch seine Schönheit zum Kaufe der anderen angelockt würden; das Töten des Reklamekarpfen ist demnach zweckwidrig.

Zweckbestimmender Faktor einer Sache ist demnach die Anschauung der Kulturgemeinschaft, ergänzt oder ersetzt durch die Willensbestimmung des Berechtigten.

Nachdem wir die Zweckbestimmung einer Sache sowohl hinsichtlich des Zeitpunkts der Zweckbestimmung als auch hinsichtlich der zweckbestimmenden Faktoren in Betracht gezogen, erübrigt sich für die Erörterung des Begriffes der Zweckwidrigkeit noch die letzte Frage, wann die Verletzung der Sachintegrität der Zweckbestimmung der Sache widerspricht. Es lassen sich hier keine allgemeinen Regeln aufstellen, da

nur der konkrete Fall darüber entscheiden kann, ob die Art der Verletzung der Sachintegrität der Zweckbestimmung der Sache entspricht oder widerspricht. Es sei hier nur eine Richtschnur für die Prüfung dieser Frage erwähnt: Die Verletzungen der Sachintegrität können in einem doppelten Sinne zweckentsprechend sein, sie können nämlich entweder den Zweck einer Sache auslösen oder die Sache der Zweckerfüllung näher bringen. Wenn ich ein Buch aufschneide, so löse ich den Zweck des Buches nicht aus, denn der Zweck des Buches ist gelesen zu werden, ich habe durch das Aufschneiden der Blätter das Buch nur seiner Zweckerfüllung näher gebracht. Wenn ich dagegen eine Zigarre rauche, so löse ich den Zweck derselben aus. Der ökonomische Unterschied zwischen diesen beiden Arten der zweckentsprechenden Verletzungen der Sachintegrität liegt darin, dass bei den Verletzungen, bei denen die Sache der Zweckerfüllung näher gebracht wird, die Sache an ihrer Brauchbarkeit nichts einbüsst, während bei den zweckauslösenden Verletzungen der Sachintegrität die Brauchbarkeit gemindert oder aufgehoben wird. — Der Ausdruck „Verbrauch" deckt sich mit der zweckauslösenden Integritätsverletzung. — Unter Berücksichtigung dieser Richtschnur wird man sich in jedem konkreten Falle dafür zu entscheiden haben, ob die Verletzung der Sachintegrität der Zweckbestimmung der Sache entsprach oder nicht.

Somit haben wir den Begriff der Zweckwidrigkeit bestimmt und unsern Standpunkt insoweit klargelegt, als er mit den Grundgedanken der objektiven Theorie übereinstimmt. Da unsere eigene Ansicht aber — wie oben dargetan -- eine objektiv-subjektive ist, so kann von unserem Standpunkte aus eine Sachbeschädigung auch dann vorliegen, wenn die Verletzung der Sachintegrität zwar der Zweckbestimmung der Sache entspricht, aber für den Täter ohne irgend welchen ökonomisch-sozialen Zweck ist. Wenn somit jemand Kohlen zum Schadenfeuer benutzt, Gas aus Rache brennt, so sind das Sachbeschädigungen, da die Verletzungen der Sachintegrität zwar objektiv zweckentsprechend, aber subjektiv zwecklos sind.

Das rechtliche Moment bei der Sachbeschädigung im Sinne des § 303 Str.G.B. ist demnach Zweckwidrigkeit oder Zwecklosigkeit der Integritätsverletzung. Diese Begriffsbestimmung ist jedoch nicht ausreichend, da alsdann der Begriff der Sachbeschädigung ungebührlich weit ausgedehnt würde; es würde alsdann jedes Beschmutzen, jede Ver-

ursachung eines noch so geringen Defektes als Sachbeschädigung strafbar sein. Zu dem rechtlichen Moment der Zwecklosigkeit oder Zweckwidrigkeit kommt demnach, den Bedürfnissen des praktischen Lebens entsprechend, noch das Moment hinzu, dass die Integritätsverletzung derartig sei, dass sie eine Reparatur nötig oder unmöglich mache. Wenn somit eine Reparatur nicht nötig ist, so stellt auch eine zweckwidrige oder zwecklose Integritätsverletzung keine Sachbeschädigung dar, so z. B. beim gewöhnlichen Beschmutzen von Wäsche, beim Anschreiben an Wände und dergl. mehr.

Der von uns festgestellte Begriff der Sachbeschädigung lautet demnach: Die Sachbeschädigung ist eine zweckwidrige oder zwecklose Formveränderung, die eine Reparatur nötig oder unmöglich macht.

§ 9.

c) Ergebnisse.

Zur Illustration unserer Ergebnisse seien kasuistisch einige Fälle angeführt. Zunächst ein Märchen: „Gott schenkte dem Menschen ein kostbares Geschenk, Getreidekörner, der Teufel, der dem Menschen dies Geschenk missgönnte, wollte es zerstören und streute die Körner auf dem Felde aus — und siehe, es wuchs daraus herrliches Getreide empor." — Hier war die Verletzung der Integrität der Körner seitens des Teufels objektiv zweckentsprechend, subjektiv nahm jedoch der Teufel an, er handle zweckwidrig — es liegt somit ein untauglicher Versuch einer Sachbeschädigung vor; nach anderen wäre dieser Fall ein Putativdelikt. — Umgekehrt liegt der Fall, wenn der Täter die Verletzung der Sachintegrität für zweckentsprechend hält, dieselbe jedoch objektiv zweckwidrig ist: A hält einen zusammengeknüllten Tausendmarkschein für einen Knallbonbon und zerreisst ihn. Hier ist die Sachbeschädigung infolge des Irrtums über ein Tatbestandsmerkmal ausgeschlossen. — Ein anderer, in der Literatur für zweifelhaft geltender Fall wäre folgender. A zerbeisst und verschlingt eine Perle. Hier liegt nicht deshalb, wie Lueder annimmt, Sachbeschädigung vor, weil das Zerbeissen dem Täter Missbehagen verursacht, sondern deshalb, weil es zweckwidrig ist. Das Hinabwürgen einer Arznei durch einen Kranken ist trotz des grössten Missbehagens keine Sachbeschädigung. Anderseits schliesst das physische oder psychische Wohlbehagen die Sach-

beschädigung ebenfalls nicht aus: wer Eau de Cologne oder Petroleum trinkt, handelt zweckwidrig und begeht eine Sachbeschädigung, auch wenn ihm dieser Trunk noch so sehr behagt. Auch ökonomische Zweckbestimmungen seitens des Täters schliessen die Sachbeschädigung nicht aus. Wenn ein Pariser Bohemien Möbel in seinem Mietszimmer zerhackt und mit ihnen einheizt, so begeht er Sachbeschädigung, da seine Handlung zweckwidrig ist, — ob nicht daneben Unterschlagung, ist eine andere Frage.

Die zweckwidrige Spezifikation einer Sache schliesst die Sachbeschädigung ebensowenig aus: [1]) A lässt sich des B Bronzevase in eine Bronzestatue umgiessen. Dagegen hat Raphael, als er eine Madonna auf ein fremdes Fass gemalt hatte, keine Sachbeschädigung begangen, da das Fass trotz der Spezifikation seinen Zweck nach wie vor erfüllen konnte. Als Sachbeschädigung ist auch die Eintragung eines Abhebungsvermerkes in ein Sparkassenbuch nicht aufzufassen, da sie zweckentsprechend und nicht zwecklos ist,[2]) ebensowenig die unberechtigte Benutzung eines Waren- oder Leistungsautomaten.[3])

2. Der Begriff der Aneignung.

§ 10.

a) Die Eigentumsdelikts- und die Vermögensdeliktstheorie.

Damit ist der erste Teil unserer Arbeit, die Erörterung des Begriffes der Sachbeschädigung, abgeschlossen, und wir gelangen zur Erörterung des Aneignungsbegriffes.

Bezüglich des Wesens der Aneignung besteht ein Streit zwischen der Eigentumsdelikts- und der Vermögensdeliktstheorie.[4]) [5])

Um zu einer richtigen Systematisierung der verschiedenen Ansichten zu gelangen, müssen wir bei der Frage, ob der Aneignung auch wirtschaftlicher Charakter eigen ist, das Schädigungs- und das Bereich-

---

[1]) A. A. v. Liszt, S. 450, ohne Angabe eines Grundes.

[2]) Ebenso Schwenger, S. 47.

[3]) Ebenso Schels, S. 44.

[4]) Diese Terminologie ist von Gebauer, „Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände", S. 17, geprüft worden.

[5]) Abweichend ist die Terminologie bei Binding, Bd. 1, S. 239, der unter Vermögen nicht das wirtschaftliche, sondern das rechtliche, als Summe von Rechten und Pflichten, versteht.

erungsmoment auseinander halten, da eine Bereicherung ohne Schädigung — A nimmt dem B einen Kieselstein weg und macht aus demselben ein wertvolles Kunstfigürchen —, namentlich aber eine Schädigung ohne Bereicherung möglich ist — A nimmt dem B ein kostbares Bild weg und zerschneidet es. — Von dieser Erwägung aus werden wir die Beobachtung machen, dass es auf den Grenzlinien zwischen der Eigentumsdelikts- und der Vermögensdeliktstheorie gemischte Theorieen gibt, die teils in das Gebiet der einen, teils in das Gebiet der anderen Theorie hinüberragen.[1])

Was die Übersicht über die verschiedenen Theorien anbetrifft,[2]) so gilt die Eigentumsdeliktstheorie, die in der Aneignung einen Angriff auf das formelle Recht sieht, heutzutage als die herrschende. Und doch gibt es auf dem Boden des Reichsstrafgesetzbuches[3]) mit Ausnahme Bindings kaum einen überzeugten[4]) und konsequenten[5]) Anhänger derselben!

Die Vertreter der gemischten Theorien sehen in der Aneignung entweder eine Bereicherung des Täters oder eines Dritten, ohne dass eine Schädigung des Berechtigten nötig wäre, so dass Aneignung wertloser Sachen möglich sei,[6]) oder sie sehen in der Aneignung eine Schädigung des Berechtigten, ohne dass eine Bereicherung des Täters oder eines Dritten vorzuliegen braucht,[7]) [8]) sie halten demnach Zerstörung nach erfolgter Wegnahme für Aneignung.

Die Vertreter der eigentlichen Vermögensdeliktstheorie verlangen sowohl eine Schädigung des Berechtigten als auch eine Bereicherung des Täters oder eines Dritten.

---

[1]) Dörr stellt die beiden Theorien einander nur in ihren extremen Formen gegenüber.

[2]) Es konnten hier nur diejenigen Schriftsteller berücksichtigt werden, die sich mit allen Formen der Aneignung systematisch befassen; gelegentliche Äusserungen mussten unberücksichtigt bleiben.

[3]) Geyer z. B. steht nicht auf dem Boden des Reichsstrafgesetzbuches, S. 340, 353.

[4]) Merkel vertritt die Eigentumsdeliktstheorie nicht aus Überzeugung, H. H. III S. 661.

[5]) Über die Inkonsequenzen unten.

[6]) So Frank, § 242.

[7]) So Hälschner, II S. 293, 299 ff., 301.

[8]) Freilich steht Hälschner, II 1, S. 299 im Widerspruch zu Hälschner II, 1, S. 303.

Was die Kritik der einzelnen Theorieen anbetrifft, so führt die Eigentumsdeliktstheorie konsequent durchgeführt zu unannehmbaren Ergebnissen oder bei Vermeidung derselben zu inkonsequenten Resultaten.

Die konsequente Durchführung der Eigentumsdeliktstheorie, wie sie sich bei Binding vorfindet, führt zu dem Ergebnis, dass das Verzehren von Obst und dergl. Sachbeschädigung ist,[1]) da Binding konsequent alle wirtschaftlichen Momente bei der Aneignung leugnet und demnach den Unterschied zwischen Sachbeschädigung und Aneignung auf dem Vorliegen oder Nichtvorliegen der Integritätsverletzung aufbaut. Das hierdurch erlangte Ergebnis erscheint Binding selbst unannehmbar, da er anderorts[2]) den Verbrauch nicht für Sachbeschädigung, sondern für Aneignung ansieht.

Um derartigen aus der konsequenten Durchführung der Eigentumsdeliktstheorie sich ergebenden Resultaten aus dem Wege zu gehen, fügen andere Vertreter der Eigentumsdeliktstheorie dem Aneignungsbegriffe Momente hinzu, die sich mit der Eigentumsdeliktstheorie nicht in Einklang bringen lassen. So verlangt v. Liszt,[3]) dass durch die Aneignung die Sache den Zwecken des Täters dienstbar gemacht werde. Wenn also v. Liszt in der Aneignung ein Verfügen im Interesse des Täters sieht, so kann dieses Interesse nur ein wirtschaftliches sein, denn andernfalls wäre dieser Zusatz überflüssig, falls v. Liszt unter Interesse auch Interessen ethischer oder anderer Natur verstehen wollte, da jeder Tat irgend ein Motiv zu Grunde liegen muss. v. Liszt fügt demnach dem formalen Aneignungsbegriff wirtschaftliche Momente hinzu. Ferner hält Meyer[4]) beim sogenannten Futterdiebstahl — § 370 Abs. 6 — die Aneignung deshalb für ausgeschlossen, weil hier eine Verfügung im Interesse des Täters nicht vorliegt. Sie leugnen somit die Aneignung, da es an einem Interesse des Täters, das nur wirtschaftlich gedacht werden kann, fehlt, und doch müsste dieses wirtschaftliche Moment vom Standpunkte der Eigentumsdeliktstheorie unerheblich sein. Schliesslich weicht auch das Reichsgericht vom Standpunkte der reinen Eigentumsdeliktstheorie ab, indem es das Bereicherungsmoment in der Form zum Ausdruck bringt, der Täter müsse die Sache „in sein Vermögen"

---

[1]) Bd. 1, S. 248.
[2]) Bd. 1, S. 269.
[3]) S. 431.
[4]) S. 555.

bringen",[1]) wobei es unter Vermögen das wirtschaftliche Vermögen versteht.

Was die Ansichten der beiden Vertreter der gemischten Theorien anbelangt, so ist zunächst die Ansicht Hälschners infolge der aus ihr resultierenden Ergebnisse unannehmbar. Betrachten wir z. B. das Ergebnis, zu dem man vom Standpunkte Hälschners hinsichtlich des Verhältnisses der Sachbeschädigung zur Aneignung gelangen würde. Da nach Hälschner die Aneignung ein Vermögensdelikt ist, so ist derjenige, der ein Gemälde stiehlt und den Wert hinterlegt, straflos; da anderseits nach Hälschner die Sachbeschädigung ein Formaldelikt ist, so ist derjenige, der ein Gemälde zerschneidet und den Wert hinterlegt, strafbar. Da nun nach Hälschner die Zerstörung nach vorangegangener Gewahrsamserlangung Diebstahl ist, so ist derjenige, der nach Hinterlegung des Wertes ein Gemälde wegnimmt und zerschneidet, straflos, derjenige dagegen, der nach Hinterlegung des Wertes es zerschneidet, ohne es wegzunehmen, strafbar. Die intensivere Einwirkung wäre demnach nach Hälschner straflos, die minder intensive strafbar.[2]) — Was den anderen Vertreter der gemischten Theorien, Frank, anbetrifft, so erkennt er einerseits Diebstahl an wertlosen Sachen an, anderseits verlangt er jedoch eine wirtschaftliche Verfügung des Täters über die Sache. Nun aber ist es einerseits kaum möglich, über eine absolut wertlose Sache wirtschaftlich zu verfügen, anderseits aber zerreisst Frank die Harmonie zwischen der passiven und der aktiven Seite des wirtschaftlichen Moments der Aneignung, indem er die Aneignung nach der passiven Seite als Formaldelikt, nach der aktiven Seite als Vermögensdelikt auffasst.

Was die Vertreter der Vermögensdeliktstheorie anbetrifft,[3]) so verlangen sie nicht, dass der Täter durch die Tat bereichert werde, es genügt nach ihnen auch die Absicht des Täters, einen Dritten zu bereichern; ausserdem können den Vertretern der Eigentumsdeliktstheorie mit Ausnahme Bindings[4]) bei der Behandlung des Betruges

---

[1]) E. 11, 239; 35, 357; R. 4, 537.

[2]) Die Ansicht Hälschners widerlegt sich auch durch den S. 26 Anm. 8 erwähnten Widerspruch.

[3]) John kann zu denselben nicht gezählt werden, da er bei mangelnder Bereicherung nicht die Aneignung, sondern die Rechtswidrigkeit der Aneignung für ausgeschlossen hält; Z. I, S. 245, 255.

[4]) Binding, Bd. 1, S. 342 und 343.

alle die Vorwürfe gemacht werden, die den Vertretern der Vermögensdeliktstheorie bei der Behandlung des Diebstahls gemacht werden. Anderseits führt jedoch die Vermögensdeliktstheorie, die in der Aneignung einen Angriff auf fremdes wirtschaftliches Vermögen sieht und somit bei Werthinterlegung oder Ausübung der Selbsthilfe die Aneignung für ausgeschlossen hält, zu einer Sanktionierung eigenmächtiger Angriffe auf fremdes Eigentum.

b) Die eigene Ansicht des Verfassers.

§ 11.

α) Übersicht.

Es erscheint uns demnach weder die reine Eigentumsdelikts- noch die reine Vermögensdeliktstheorie gerechtfertigt, sondern vielmehr eine gemischte [1]) Theorie, die einerseits ökonomische Momente in der Aneignung anerkennt, anderseits jedoch die formale Seite der Aneignung nicht ausser Acht lässt. Da jedoch die gemischte Theorie Hälschners zu unannehmbaren Resultaten führt und die gemischte Theorie Franks die Harmonie zwischen der passiven und der aktiven Seite des wirtschaftlichen Moments der Aneignung zerreisst, so haben wir uns keiner derselben vollständig anschliessen können. Unsere Ansicht ist vielmehr folgende: Wenn man der Aneignung jedes wirtschaftliche Moment abspricht und sie demnach nicht für eine wirtschaftliche Verfügung ansieht, so lassen sich verschiedene Fälle gar nicht beantworten, so z. B. die Frage, warum bei der unökonomischen Sachzerstörung keine Aneignung, dagegen beim ökonomischen Verbrauch Aneignung vorliegt, — warum bei der unökonomischen Dereliktion keine Aneignung vorliegt, warum bei der bestimmungswidrigen, aber ökonomischen Integritätsverletzung

---

[1]) Nach Vollendung meiner Arbeit lese ich zu meiner grossen Genugtuung, dass auch in der neuesten Literatur die Mangelhaftigkeit der Eigentumsdeliktstheorie aufs Schärfste bekämpft wird. Siehe Gleispach, S. 17 ff., der vom Täter einen „Genuss" der Sache, mithin ein ökonomisches Moment, verlangt. Gleispach begeht jedoch den Fehler, dass er bei Betonung des ökonomischen Moments das juristische nicht berücksichtigt, was ihm Harburger S. 211 zum Vorwurfe macht. — In der allerneuesten Literatur wird die Notwendigkeit eines ökonomischen Moments in dem Begriffe der Aneignung von Harburger hervorgehobon — S. 212 —, ohne dass jedoch dieses Moment von ihm näher charakterisiert wird.

hatte. Da somit die Enteignung nicht immer gegen die Möglichkeit der Eigentumsausübung gerichtet ist, so braucht sie infolgedessen auch nicht einmal den Versuch dauernder Gewahrsamsentziehung darzustellen, denn dann würde der Fall, wo A dem B ein Pferd wegnimmt, um es an B sofort zurück zu verkaufen, oder der Fall, wo er ihm einen Hundertmarkschein wegnimmt, um ihn bei ihm wieder einzuwechseln, keinen Diebstahl darstellen, da hier nicht einmal der Versuch dauernder Gewahrsamsentziehung vorliegt. Es wäre nämlich unrichtig, zu sagen, dass hier der ursprüngliche Gewahrsam des Berechtigten zerstört und ein neuer Gewahrsam hergestellt ist, denn dann müsste man auch bei jedem furtum usus dauernden Gewahrsamsbruch annehmen. Dies ist jedoch nicht Bindings Ansicht. Es handelt sich hier nämlich um eine ganz vorübergehende Entziehung, die den Gewahrsam des Berechtigten nicht zerstört.

Die Enteignung ist mithin in den Fällen, wo sie nicht eine wirkliche Vernichtung fremden Eigentums darstellt, nicht immer die Zerstörung der Möglichkeit der Ausübung des Eigentumsrechts, immer aber Gefährdung des Eigentumsrechts. Die weggenommene Sache kann untergehen, sie kann ersessen werden, die Eigentumsansprüche können verjähren. Dass in den Fällen, wo das Eigentum des Berechtigten nicht untergeht, eine Verletzung des Eigentums überhaupt nicht vorliegt, obwohl der Berechtigte in der Regel an der Eigentumsausübung gehindert wird, ergibt sich aus der Erwägung, dass der Angriff nicht auf das Eigentum selbst gerichtet war; wie aber eine Körperverletzung nicht eine Verletzung des Lebens darstellt, ebensowenig ist die Zerstörung der Eigentumsausübung Verletzung des Eigentums; das Eigentum wie das Leben können nicht zum Teil verletzt werden. Es ist demnach unrichtig, wie man es in der Literatur fast durchweg tut, die Aneignung als eine Verletzung fremden Eigentums anzusehen. Es liegt vielmehr in den Fällen, wo nicht Vernichtung des Eigentums vorliegt, nur eine Gefährdung desselben und zwar nur abstrakte Gefährdung vor, da — wie oben gezeigt — im konkreten Falle eine Eigentumsgefährdung nicht vorzuliegen braucht. Demnach ist die Enteignung die Vernichtung oder abstrakte Gefährdung fremden Eigentumsrechts.[1])

[1]) Eigentumsgefährdung liegt auch in den Fällen missglückter Eigentumsvernichtung vor: Der herausgelassene Löwe kehrt zu seinem Herrn zurück.

§ 13.

II. Die aktive Seite.

Was die aktive Seite des rechtlichen Moments der Aneignung anbetrifft, so bildet sie ein Analogon zu der passiven: entweder wird der Täter Eigentümer der Sache, oder er tritt zu ihr in ein eigentumähnliches Verhältnis. Welche Handlungen dieses letztere begründen, lässt sich nicht lediglich von objektiven Momenten abhängig machen: weder von der Intensität noch von der rechtlichen Qualifizierung des Herrschaftsaktes. Von der Intensität des Herrschaftsaktes lässt sich das Vorliegen der Aneignung nicht abhängig machen, da Grenzlinien zwischen Herrschaftsakten, die intensiv genug sind, um als Aneignungshandlungen zu gelten, und Herrschaftsakten, die hierzu nicht intensiv genug sind, sich nicht ziehen lassen.[1]) Ebensowenig lässt sich das Vorliegen der Aneignungshandlung abhängig machen, von ihrer rechtlichen Qualifizierung als einer Verfügung über die Sache, „wie sie nur dem Eigentümer zusteht", denn dann müsste jeder Herrschaftsakt seitens eines unberechtigten Dritten über die Sache als eine Aneignungshandlung gelten, da die fremde Sache für jeden Unberechtigten ein noli me tangere[2]) darstellt; es müsste dann jedes Berühren einer fremden Sache seitens eines Unberechtigten Aneignung, z. B. der Missbrauch eines Wiegeautomaten Diebstahl des Automaten selbst sein.[3])

Es lassen sich demnach objektive Grenzlinien zwischen Herrschaftsakten, die Aneignungshandlungen sind, und Herrschaftsakten, die es nicht sind, nicht ziehen; die Grenzlinien sind vielmehr in subjektiven Momenten zu erblicken,[4]) so dass die rechtliche Seite der Aneignung in positiver Hinsicht in ein objektives Moment — den Herrschaftsakt — und ein subjektives Moment — den Eigentümerwillen — zerfällt.

---

[1]) So auch Rotering, S. 527, jedoch anders S. 528.

[2]) Dieser Ansicht nähert sich das Reichsgericht, siehe E. 10, 37; Maschke vertritt sie mit allen Konsequenzen.

[3]) So auch Maschke, S. 209.

[4]) Das subjektive Moment wird insbesondere durch v. Hippel S. 34 und Dörr S. 183 hervorgehoben. Es wird jedoch auch von v. Liszt anerkannt, indem er S. 431 sagt: „Verfügung über die Sache nach einer einzelnen bestimmten Richtung hin, genügt nicht, soweit sich nicht darin die Absicht völliger Beherrschung kundgibt".

A. Die objektive Seite.

§ 14.

AA. Das äussere Verhältnis des Gewahrsams zur Aneignung.

Das objektive Moment, der Herrschaftsakt, steht in einem äusseren und einem inneren Verhältnis zum Gewahrsamsbegriffe.

Das äussere Moment besteht darin, dass die strafrechtliche Aneignung den Gewahrsam des Täters zur Voraussetzung hat und nicht in der Gewahrsamserlangung aufgeht. Diese Behauptung ist hinsichtlich des Diebstahls bestritten. Es stehen sich hier zwei Meinungen gegenüber. Die eine sieht in dem Diebstahl das Mittel zur nachfolgenden Aneignung,[1]) die andere hält die Aneignung für gegeben mit vollendeter Gewahrsamserlangung in Aneignungsabsicht.[2]) Die erstere Ansicht muss für die richtige gehalten werden, da sie auf dem Wortlaut des § 242 Str.G.B. beruht, der im bewussten Gegensatz zu § 246 Str.G.B. „Aneignungsabsicht" und nicht „Aneignung" verlangt, einem Gegensatz, der sich in verschiedenen ausländischen Gesetzen vorfindet.[3]) Da das Gesetz einen scharfen und bewussten Gegensatz zwischen Wegnahme in Aneignungsabsicht und Aneignung schafft, so muss daraus unbedingt die Folgerung gezogen werden, dass Wegnahme in Aneignungsabsicht nicht Aneignung zu sein braucht. Wenn es jedoch feststeht, dass darin Aneignung nicht vorzuliegen braucht, so muss hier aus noch der weitere Schluss gezogen werden, dass darin eine Aneignung nicht vorliegen kann, denn Grenzlinien zwischen Wegnahmehandlungen in Aneignungsabsicht, die Aneignungshandlungen darstellen, und ebensolchen Wegnahmehandlungen in Aneignungsabsicht, die Aneignungshandlungen nicht darstellen, lassen sich weder theoretisch ziehen, noch

---

[1]) Binding, Normen, Bd., 2 S. 551; v. Liszt, S. 432 „wirklich erfolgte Aneignung ist nicht erforderlich"; Merkel in H. H. Bd. 3, S. 348; Olshausen, § 242, 24; Rotering, G. S. 36, S. 523; E 27, 395.

[2]) Binding, Bd. 1, S. 268, im bewussten Gegensatz zu seinen Normen; Hälschner II, 1, S. 300 Anm. 1; Maschke, S. 207, 225.

[3]) Von älteren Gesetzbüchern das preussische Strafgesetzbuch vom Jahre 1851 § 215, von neueren das allgemeine bürgerliche Strafgesetzbuch für das Königreich Norwegen vom 22. 5. 1902, § 255 bezw. § 257, das bulgarische Strafgesetzbuch Art. 313 bezw. Art. 319, das Strafgesetzbuch des Staates New-York § 528^{I} bezw. 528^{II}, das Niederländische Strafgesetzbuch Art. 310 bezw. 321.

praktisch vorstellen. Eine Erklärung, dass unter Umständen es sich aus der Natur der Sache ergebe, dass Wegnahme- und Aneignungshandlungen zusammenfallen, ist selbstverständlich wertlos.

Aus dieser Ansicht, dass vollendete Gewahrsamserlangung in Aneignungsabsicht noch nicht Aneignung ist, ergibt sich aber, da die Aneignung eine Handlung ist, dass zum Vorliegen der Aneignung eine Handlung des Täters nach vollendeter Gewahrsamserlangung nötig ist. Einer nachfolgenden Handlung ist nach den allgemeinen Prinzipien eine Unterlassung gleichzustellen, falls sie von den später zu erörternden subjektiven Momenten begleitet wird. Diebstahl ist demnach nicht Konkurrenz von vollendeter Wegnahme und versuchter Aneignung.[1]) Versuchte Aneignung liegt deshalb nicht vor, weil durch die Wegnahmehandlung allein nie Aneignung erfolgen kann.

Der Fall liegt hier ebenso, wie wenn jemand einen anderen durch zweimalige Verabreichung von Gift töten will, indem eine Verabreichung den tötlichen Erfolg nicht herbeiführen kann und der Täter dies sehr wohl weiss; kommt es in diesem Falle zur zweiten Verabreichung nicht, so liegt nicht strafbarer Mordversuch, sondern nur das Verbrechen des § 229 Str.G.B. vor. Ebenso liegt der Fall beim Diebstahl. Da die Wegnahmehandlung weder vom objektiven Standpunkt, noch vom Standpunkt der nachträglichen Prognose allein den Aneignungserfolg herbeiführen kann, noch vom Standpunkt der subjektiven Theorie der Täter der Ansicht zu sein braucht,[2]) dass er sich die fremde Sache schon durch die Wegnahme aneigne, sondern vielmehr die Sache nach der Wegnahme noch verschenken, verkaufen oder verbrauchen will, so muss vom Standpunkte einer jeden Versuchstheorie beim Diebstahl eine Konkurrenz mit versuchter Aneignung geleugnet werden. Der Diebstahl ist vielmehr eine gegen das Eigentum gerichtete zum delictum sui generis gestempelte die Aneignung vorbereitende Handlung.

Aus dieser Ansicht, dass die strafrechtliche Aneignung im Gegensatze zur bürgerlichen den Gewahrsam des Täters zur begrifflichen Voraussetzung hat, ergeben sich folgende Konsequenzen.

In den Fällen der sogenannten reinen Enteignung liegt Aneignung deshalb nicht vor, weil der Täter den Gewahrsam an der betreffenden

[1]) Wie Binding, Normen, Bd. 2, S. 551 sagt.

[2]) Wäre der Täter der Ansicht, darin liege Aneignung, so läge putative Aneignung vor.

Sache gar nicht erlangt hatte. A schlägt dem B einen Ring aus der Hand, so dass dieser ins Meer fällt. Anders liegen die später zu erörternden Fälle, die scheinbar den ersteren gleich sind, wo jedoch der Täter den Gewahrsam an der Sache erlangt hatte, wenn z. B. der Täter dem schlafenden Badegaste den Ring vom Finger zieht und ihn ins Meer wirft.[1])

Die fernere Folgerung aus dem Umstande, dass die Aneignung den Gewahrsam des Täters zur Voraussetzung haben muss, ist die beschränkte Anwendbarkeit der mittelbaren Täterschaft. Wer einen gutgläubigen Dritten dazu bestimmt, dass er sich eine fremde Sache aneignet, ist weder Anstifter, noch mittelbarer Täter.[2]) Auch in den Fällen, wo jemand einen Wahnsinnigen oder ein Kind unter 12 Jahren dazu bestimmt, sich eine fremde Sache anzueignen, liegt weder Anstiftung, noch mittelbare Täterschaft vor, da in allen diesen Fällen der Bestimmende den Gewahrsam an der Sache gar nicht erlangt hatte. Man braucht demnach in diesen Fällen nicht die Frage zu prüfen, ob es einen Unterschied gibt zwischen den Fällen, wo der Täter die Sache „sich", und den Fällen, wo er die Sache „einem andern" zueignen will, und ob der letztere Fall eine Aneignung im Sinne des § 242 bezw. 246 Str.G.B. nicht darstellt.

Die Ergreifung einer verlorenen Sache in Aneignungsabsicht kann aus demselben Grunde keine Aneignung darstellen, da die Handlung des Ergreifens den Gewahrsam begründet und nicht eine Handlung nach Gewahrsamserlangung darstellt, mithin der Tatbestand des § 246 nicht gegeben ist. Damit in diesem Falle Unterschlagung vorliegt, ist ein neuer Herrschaftsakt, getragen vom Eigentümerwillen, erforderlich, ein Ge- oder Verbrauch der Sache oder eine Übertragung an einen Dritten.[3])

§ 15.

BB. Das innere Verhältnis des Gewahrsams zur Aneignung.

Der Gewahrsam steht jedoch nicht nur in einem äusseren, sondern auch einem inneren Verhältnis zur Aneignungshandlung. Das objektive Moment der Aneignung ist ein Herrschaftsakt, der Gewahrsam

---

[1]) Siehe unten S. 45.

[2]) Bei der Bestimmung eines schlechtgläubigen Dritten liegt natürlich Anstiftung vor. A. A. Olshausen, § 242[24].

[3]) Ebenso im Ergebnis Rotering, G. S. 36, S. 574.

dagegen ein Beherrschenkönnen, getragen vom Beherrschenwollen.[1]) Das Verhältnis des Gewahrsams zur Aneignung ist demnach das Verhältnis eines Zustandes zu einer Handlung, ein Verhältnis der Möglichkeit zur Wirklichkeit. Es ist demnach im folgenden der Gewahrsamsbegriff, soweit er für unsere Frage in Betracht kommt, einer Erörterung zu unterziehen.

Die objektive Seite des Gewahrsams, das Beherrschenkönnen, ist die Möglichkeit, über die Sache unbeschränkte Herrschaftsakte auszuüben. Ein Herrschaftsakt ist jede Verfügung über eine Sache, die nach der positiven Seite hin eine unmittelbare Einwirkung auf die Sache darstellt oder nach der negativen Seite hin derartige Einwirkungen seitens Dritter abhält. — Unbeschränkt ist das Beherrschenkönnen nicht erst dann, wenn der Täter alle nur denkbaren Herrschaftsakte über die Sache ausüben kann, sondern schon dann, wenn sein Beherrschenkönnen nach der Verkehrsanschauung als unbeschränkt gilt. Wann dies der Fall ist, hängt von der konkreten Sachlage ab, von der Grösse und der Art der Sache, der Zeit und dem Ort der Begehung der Tat und dergl. mehr. Wer z. B. nur Herrschaftsakte nach der negativen Seite hin ausüben kann, ohne die Möglichkeit positiver Herrschaftsakte, der hat nicht das Beherrschenkönnen, wie z. B. der Wächter eines abgeschlossenen Geldschrankes nicht unbeschränkt das in dem Schrank befindliche Geld beherrschen kann.

Wann die Möglichkeit derartiger nach der Verkehrsanschauung als unbeschränkt geltender Herrschaftsakte vorliegt, lässt sich ebenfalls nur im konkreten Fall sagen. Liegt dieselbe vor, wenn der Einbrecher vom Berechtigten überrascht wird, wenn er vom Beginn seines Tuns

---

[1]) Da hier nur vom Gewahrsam auf seiten des Täters gesprochen wird, so erübrigt sich die Begründung des Erfordernisses des Beherrschenwollens, da dieses auf seiten des Täters, von allgemeinen strafrechtlichen Gesichtspunkten aus, vorliegen muss. Es sei hier nur auf die Literatur hingewiesen, die sich mit dieser Frage beschäftigt: Ausser den bekannten Lehrbüchern und Kommentaren kommen in Betracht: Lobe, Der Einfluss des B.G.B. auf das Strafrecht, S. 19, 24, 28; v. Bülow, G. A. 45, S. 321; Goldschmidt, G. A. 47[353]; Ewald, „Der Begriff des Gewahrsams in den beiden Delikten Diebstahl und Unterschlagung, S. 27 u. a.; Römpler, Der Begriff des Gewahrsams im Civil- und Strafrecht; Wittus, Das Rechtsverhältnis zwischen Verlierer und Finder und seine rechtlichen Konsequenzen. Aus dem Civilrecht z. B. Endemann, II., S. 152 ff.; Windscheid-Kipp I, S. 427; Eck II, S. 3 ff.; Cosack II, S. 269. Aus den Spruchsammlungen: R. G. E. 5, 42; 5, 218; 12, 353; 3, 201; O.T. 5, 221; 10, 321.

an von Polizeibeamten überwacht war und festgenommen wird, wenn der Täter ein Automobil entwenden will, dasselbe jedoch infolge eines Defektes nicht von der Stelle schaffen kann, einen bissigen Hund stehlen will, dieser ihn jedoch in die Wade beisst und zu seinem Herrn zurückkehrt? Von welchen Gesichtspunkten aus ist es zu entscheiden, ob in jedem dieser Fälle die Möglichkeit unbeschränkter Herrschaftsakte vorgelegen hat. Objektiv lag diese Möglichkeit in keinem der angeführten Fälle vor, auf subjektive Momente kommt es nicht an, da uns hier nur die objektive Seite des Gewahrsams, das Beherrschenkönnen, beschäftigt. Wie man aber bei der Lehre vom sog. untauglichen Versuch vom Standpunkt der objektiven Theorie zu befriedigenden Ergebnissen nicht gelangt, so muss man auch bei dem Begriffe des Beherrschenkönnens, wo es sich ebenso wie beim Versuch nicht um einen Erfolgs- sondern um einen Möglichkeitsbegriff handelt, die Frage vom Standpunkt der nachträglichen Prognose[1]) aus lösen. Wird z. B. der Täter zufällig überrascht, als er sich goldbeladen aus dem Zimmer entfernen will, oder kann er das Automobil nicht fortschaffen, weil es an einem unmerklichen Defekt leidet, so hat er in diesen beiden Fällen das Beherrschenkönnen erlangt, denn wenn man sich vom Standpunkte der nachträglichen Prognose in den Zeitpunkt des Handelns zurückversetzt, so müsste angenommen werden bei Berücksichtigung allgemein erkennbarer oder dem Täter bekannter Umstände, dass es seitens des Täters zu unbeschränkten Herrschaftsakten kommen werde. War der Täter dagegen von einem bissigen Hund oder einem wilden Tier über den Haufen geworfen worden, so war nach allgemein erkennbaren Umständen das Misslingen seiner Tat vorauszusehen, er hat somit in diesen Fällen das Beherrschenkönnen nicht erlangt. Das Beherrschenkönnen ist somit die nach dem Prinzip der nachträglichen Prognose zu bestimmende Möglichkeit, Herrschaftsakte, die nach der Verkehrsanschauung für unbeschränkt gelten, vorzunehmen.

Im Gegensatz hierzu, wonach das Beherrschenkönnen unbeschränkt sein muss, braucht das Beherrschenwollen nur ein beschränktes zu sein. Wer z. B. ein Buch in seiner Gewalt hat, das er zerreissen, verbrennen,

---

[1]) Zu weiteren Auslassungen über dies Prinzip bietet die vorliegende Arbeit keinen Raum.

verkaufen und dergl. mehr kann, dessen Wille braucht sich nicht auf die Ausübung dieser unbeschränkten Herrschaftsmöglichkeit zu beziehen, es genügt zum Vorliegen des Beherrschenwollens seinerseits, wenn er das Buch nur lesen will, oder wenn sein Beherrschenwollen sich nur auf die Abhaltung Dritter bezieht. Das Beherrschenwollen ist demnach im Gegensatz zum Beherrschenkönnen von grösserer oder geringerer Intensität, es ist beschränkbar. Der Gewahrsam ist somit unbeschränktes Beherrschenkönnen, getragen vom beschränkbaren Beherrschenwollen.

§ 16.

CC. Ergebnisse.

Aus dem so erhaltenen Gewahrsamsbegriffe ergeben sich wichtige Folgerungen für den Begriff der Wegnahmehandlung.

Die Wegnahme im Sinne des § 242 Str.G.B. liegt vor, wenn der Täter durch eine Handlung den fremden Gewahrsam bricht und den eigenen herstellt.

Diebstahl ist demnach ausgeschlossen, wenn der Täter den Gewahrsam an der fremden Sache nicht durch eine Handlung erlangt. Hier sind zwei Möglichkeiten denkbar. Zunächst kann jemand den Gewahrsam an der fremden Sache erlangen, nachdem der Berechtigte den Gewahrsam durch Zufall und dergl. verloren hat und die Sache in den Herrschaftsbereich eines anderen gekommen ist. Da hier der andere das Beherrschenkönnen ohne eine Handlung seinerseits erlangt hat, und da zum Vorliegen des Gewahrsams auf seiner Seite nur noch das Beherrschenwollen, mithin ein blosser Willensentschluss hinzuzutreten braucht, so hat er den Gewahrsam ohne eine Handlung seinerseits erlangt. Ein Beispiel: Ein Schafbock entflieht aus der Herde des A und kommt zur Herde des B; B fasst den Entschluss über den Schafbock zu verfügen. Falls A durch das Weglaufen des Schafbocks den Gewahrsam an ihm verloren und B durch das Zulaufen das Beherrschenkönnen erlangt hatte, so hatte B bis zu seinem Entschluss, über den Schafbock zu verfügen, keinen Gewahrsam an ihm, da ihm das Beherrschenwollen fehlte. Fasst er nun den Entschluss, so erwirbt er den Gewahrsam ohne Handlung, mithin ist schon aus diesem Grunde der Diebstahl ausgeschlossen. — Der zweite und viel wichtigere Fall ist der, wo jemand durch blossen Entschluss den fremden Gewahrsam bricht. Dies ist

möglich in den Fällen des Mitgewahrsams, wenn der Gewahrsam des Übergeordneten nicht auf einem räumlich-zeitlichen Verhältnis zur Sache, sondern auf dem gefügigen Willen eines Untergeordneten beruht. Hier ist der gefügige Wille das einzige Bindeglied zwischen dem Herrn und der Sache. Bäumt sich nun der Wille des Dieners gegen den Herrn auf, fasst der Diener den Entschluss, über die Sache im eigenen Interesse zu verfügen, so ist in dem Moment des Willensentschlusses jeder Kontakt zwischen dem Herrn und der Sache gelöst, d. h. der Herr verliert in dem Moment des Willensentschlusses des Dieners den Gewahrsam an seiner Sache, mithin ohne eine Handlung von seiten des Dieners, es liegt also keine Wegnahme vor. Eine Verfügung über die Sache seitens des Dieners, die in seinem Interesse alsbald erfolgt, ist demnach nicht Diebstahl, sondern Unterschlagung.[1])

Wann eine Wegnahmehandlung als vollendet vorliegt, ist davon abhängig, ob der Täter durch eine Handlung ein unbeschränktes Beherrschenkönnen über die Sache erlangt hat. Ergibt sich vom Standpunkte der nachträglichen Prognose, dass infolge der Handlung des Täters die Möglichkeit vorlag, dass der Täter über die Sache unbeschränkbare Herrschaftsakte vornehmen werde, so liegt vollendete Gewahrsamserlangung, mithin beim Vorliegen der Aneignungsabsicht vollendeter Diebstahl vor. War dagegen vom Standpunkte der nachträglichen Prognose die Möglichkeit ausgeschlossen, so liegt untauglicher Diebstahl vor. Da nun in jedem Falle vom Standpunkte der nachträglichen Prognose entweder die Möglichkeit vorliegt, d. h. vollendeter Diebstahl gegeben ist, oder die Möglichkeit nicht vorliegt, d. h. ein untauglicher Diebstahlsversuch gegeben ist, so ergibt sich daraus, dass ein strafbarer Diebstahlsversuch undenkbar ist. Dass ein „Wegnehmen" zu völlig tauglichem Gewahrsam nicht begonnen werden könne, ergibt sich aus dem Prinzip der nachträglichen Prognose; entweder liegt im Moment des „Beginnens" die Möglichkeit unbeschränkten Beherrschenkönnens und alsdann vollendete Gewahrsamserlangung oder die Unmöglichkeit unbeschränkten Beherrschenkönnens, mithin ein strafloser untauglicher Versuch[2]) vor. Wenn A, der mit der Beute das Haus des B verlassen will, von diesem ergriffen wird, so liegt vollendeter Diebstahl vor, wenn aber A auf An-

---

[1]) Allgemein nimmt man hier Diebstahl an.

[2]) Nach der besonders von v. Liszt vertretenen Theorie.

raten eines agent provocateur des B Schrank plündert, währenddessen von Polizeibeamten überwacht und beim Verlassen des Hauses festgenommen wird, so liegt nur untauglicher Diebstahlsversuch vor, da vom Standpunkte der nachträglichen Prognose das Misslingen der Tat vorausgesehen werden musste bei Kenntnis des Umstandes, dass der Täter von Polizeiorganen überwacht war.[1])

Da es somit bei der Wegnahme nur darauf ankommt, dass der fremde Gewahrsam gebrochen, der des Täters dagegen hergestellt werde, so ergibt sich daraus, dass für den Begriff der Wegnahme die Art der Handlung unerheblich ist, dass demnach ein Erfassen oder eine Ortsveränderung der Sache nicht erforderlich ist.[2]) Wenn ich einen fremden Hund an mich locke, wenn ich ein fremdes Pferd in meinem Hof abschliesse, so habe ich den Gewahrsam an diesen Sachen erlangt, ohne sie zu berühren. Wenn ich von dem vergrabenen Schatze des A die Merkzeichen entferne, so dass von nun ab ich und nicht mehr A Zutritt zu dem Schatze hat, so habe ich den Gewahrsam an dem Schatze erlangt, ohne ihn zu erfassen und ohne seine Ortslage zu verändern.

Es bietet somit die Entscheidung der folgenden Fälle, in denen der Täter scheinbar den Gewahrsam an der Sache nicht erlangt hat, keine Schwierigkeit. Wer Gas an fremder Röhre anzündet, wer eine Rakete, die an einem Gestell befestigt ist, ansteckt, der hat durch das körperliche Berühren dieser Sachen den Gewahrsam an ihnen nicht nur nicht erlangt, sondern er hat ihn vielmehr verloren, da diese Sache — z. B. die Rakete infolge des Anzündens — vollständig seiner Machtsphäre entrückt sind. v. Hippel meint, in diesen Fällen bringe es „die Natur der Sache" mit sich, dass die Gewahrsamserlangung und Aneignung zusammenfallen. Dies ist jedoch unklar, anderseits auch unrichtig, da — wie oben bewiesen — die Gewahrsamserlangung der Aneignung vorangehen muss. Der Täter hat jedoch in diesen Fällen, da zur Gewahrsamserlangung ein körperliches Berühren nicht nötig ist, schon in dem Momente den Gewahrsam erlangt, wo er sich z. B. der

---

[1]) Dass hier auch der Anfang der Wegnahme nicht vorliegt, ergibt sich aus der Erwägung, dass ein Anfangen gar nicht gegeben sein kann, wenn das Vollenden ausgeschlossen ist, selbstverständlich kein Anfangen vom Standpunkte der Theorie der nachträglichen Prognose und nicht vom Standpunkte der objektiven Theorie.

[2]) Brinck, S. 16 verlangt für die römische contrectutio kein „loco movere".

Rakete mit dem Zünder näherte, denn schon in diesem Momente hatte er ein unbeschränktes Beherrschenkönnen über die Rakete.[1]) Falls man das nicht anerkennen wollte, so müssten diese Fälle straflos bleiben, da sie auch nicht Fälle von Sachbeschädigungen darstellen; denn sie sind weder objektiv zweckwidrig, noch in der Regel subjektiv zwecklos. Mithin ist das Beispiel Merkels,[2]) wonach derjenige, der ein Glas in die Hand nimmt und es an der Mauer zerschellt, infolge seines Gewahrsams an dem Glase Diebstahl, derjenige dagegen, der das Glas mit einem Stocke zerschlägt, infolge mangelnden Gewahrsams Sachbeschädigung begeht, hinfällig, da der Täter in beiden Fällen den Gewahrsam an dem Glase erlangt hat, auch im zweiten, denn in dem Momente, wo er mit dem Stocke zum Schlage ausholte, hatte er ein unbeschränktes Beherrschenkönnen.

Was jedoch unser Hauptergebnis anbetrifft, so ist das innere Verhältnis von Gewahrsam zur objektiven Seite der Aneignung, wie oben gezeigt, das Verhältnis der Möglichkeit zur Verwirklichung. Da nun der Gewahrsam nach seiner objektiven Seite hin ein Beherrschenkönnen, die Aneignung nach der objektiven Seite dagegen ein Herrschaftsakt ist, so ist die objektive Seite der Aneignung identisch mit der objektiven Gewahrsamsausübung. Mithin gilt für die objektive Seite der Aneignung das, was über die aus dem Gewahrsam resultierenden Herrschaftsakte gesagt worden ist. Es kann somit die objektive Seite der Aneignung positiver oder negativer Natur sein. In positiver Hinsicht genügt mithin für die objektive Seite der Aneignung jede unmittelbare Verfügung über die Sache, auch eine solche von geringster Intensität. Das Berühren einer Sache, der Missbrauch eines Wiegeautomaten ist für die objektive Seite der Aneignung genügend. In negativer Hinsicht ist jede Handlung, die Dritte ausschliesst, Aneignung im objektiven Sinne, mag sie entweder physischer Natur, z. B. das Hinauswerfen des Berechtigten, oder psychischer Natur sein, z. B. beim Ableugnen des Gewahrsams. Dagegen ist der obligatorische Vertrag noch keine Aneignung, da er weder eine unmittelbare Verfügung über die Sache, noch eine Abhaltung Dritter enthält.

---

[1]) Das Beherrschenkönnen hängt natürlich von der konkreten Sachlage ab.
[2]) Merkel, H.H. Bd. 3, S. 650.

§ 17.

B. Die subjektive Seite.

Diese objektive Seite der Aneignung wird ergänzt durch die subjektive — den Eigentümerwillen. Der Eigentümerwille ist jedoch nicht, wie Ullmann[1]) anzunehmen scheint, der Wille, die Eigentumsordnung zu negieren. Diese Ansicht kann man mit den geistreichen Worten Strindbergs „Russen im Exil" widerlegen: „Es gibt Leute, die das monarchische Prinzip leugnen, indem sie Könige niederschiessen, es gibt Leute, welche die Existenz Gottes, die Existenz der Moral leugnen, aber es gibt niemanden, der ernstlich das Eigentumsprinzip leugnet". Der Eigentümerwille ist vielmehr nach der negativen Seite die Negierung des Eigentums des Berechtigten, nach der positiven Seite der Wille des Täters, selbst von den Rechtsgenossen als Eigentümer respektiert zu werden. Was dem Eigentümer das Recht verleiht, das will und beansprucht der Täter für sich wider Willen des Rechts. Das Recht verleiht aber dem Eigentümer Schutz und Anerkennung.[2]) Diese Anerkennung beansprucht der Täter für sich. Dass er hierbei das fremde Eigentum negiert, versteht sich von selbst, denn es wäre widersinnig, dass er sich selbst und noch einen anderen als Eigentümer respektiert wissen wollte. Hierbei ist es nicht erforderlich, dass der Täter bei den Reehtsgenossen den Irrtum erregt, er wäre der Eigentümer, denn sonst wäre der Verkauf an einen wissenden Dritten keine Aneignung und somit dieser Dritte kein Hehler. Der

---

[1]) S. 32, mit Recht getadelt von v. Bar, S. 7.

[2]) Auf diese rechtsphilosophische Frage kann nicht tiefer eingegangen werden. Dass in dem Begriff des Eigentums Schutz und Anerkennung seitens des Gesetzes liegt, wird allgemein anerkannt, sei es als Prinzip sei es als Folge. Thon sieht darin das Wesen des Eigentums, dass der Eigentümer Dritten gegenüber Schutz beanspruchen darf — siehe die Kritik der Thon'schen Ansicht durch Binding „Kritische Vierteljahr-Schift". Neue Folge, Bd. II, S. 569; ähnlich Windscheid-Kipp I, S. 91. — Dagegen sieht Kohler im Eigentum ein Genussrecht — das Beispiel mit der Auster —, aus dem sich per consequentiam Schutz des Rechts ergibt. Siehe Kohler in der Abhandlung „Das Autorrecht" in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 18, S. 131. Wir brauchen zu der Frage keine Stellung zu nehmen, da die Vertreter der einen, sowohl wie die der anderen Ansicht, wiewohl von verschiedenen Gesichtspunkten aus das Moment des Schutzes und der Anerkennung hervorheben.

Täter muss nur den Willen haben, dass sich alles vor seiner Eigenmacht wie vor dem Recht des Eigentümers beuge. Demnach hat derjenige, der eine Sache zum vorübergehenden Gebrauch wegnimmt, nicht gestohlen, da er das fremde Recht tatsächlich anerkennt, indem er die Sache dem Berechtigten zurückgibt. Aneignung liegt dagegen vor, wenn der Täter dem Berechtigten die weggenommene Sache zurückgibt, aber nicht als dem Eigentümer, sondern mit dem Willen, bei der Übergabe selbst als Eigentümer aufzutreten, mit dem Willen, dem Eigentümer auf Grund eines scheinbaren Rechtstitels zurückzuübertragen, so wenn er die Sache dem Eigentümer verkauft, schenkt und dergl. — Was den sog. Futterdiebstahl anbetrifft, so ist er kein Diebstahl, da der Täter, indem er das Vieh des Eigentümers füttert, das Eigentum des Berechtigten anerkennt, indem er mit des Herrn Futter weder sein eigenes noch Dritten gehöriges Vieh gefüttert hat.[1]) Mithin liegt infolge mangelnden Eigentümerwillens Diebstahl auch dann nicht vor, wenn den Täter zu dem Futterdiebstahl gewinnsüchtige Absicht, Belohnung durch den Herrn oder einen Dritten, getrieben hat.[2]) Demnach liegt Aneignung auch dann nicht vor, wenn jemand in Ausübung der Selbsthilfe dem Eigentümer eine Sache wegnimmt, um ihn dadurch zur Zahlung einer Leistung zu zwingen: denn wenn er die Sache nur des Zwanges wegen wegnimmt ohne den Willen, sonst über sie zu verfügen, so erkennt er das fremde Eigentum an: es fehlt ihm somit der Eigentümerwille. — Auch wenn der Täter völlig unberechtigt dem Eigentümer die Sache wegnimmt, um von ihm ein Lösegeld zu erzwingen, so liegt auch in diesem Falle infolge mangelnden Eigentümerwillens keine Aneignung vor, er begeht jedoch Erpressung.[3]) Zahlt der Eigentümer das Lösegeld nicht, und verkauft oder verbraucht der Täter nun die Sache, so liegt Erpressungsversuch in realer Konkurrenz mit Unterschlagung vor.[4]) Der Eigentümerwille liegt ferner nicht vor, wenn jemand nur den Gehilfenwillen hat. Wenn A den B bestimmt, dem C eine Sache wegzu-

---

[1]) Ebenso im Ergebnis Lehr S. 33.

[2]) Binding, Normen Bd. 1, S. 214[10] hält den Futterdiebstahl für privilegierten Diebstahl; dagegen Binding, Bd. 1, S. 317.

[3]) Hier ist Diebstahl noch aus einem anderen, später, S. 49 ff. zu erörternden Grunde ausgeschlossen.

[4]) Obwohl in diesem Falle Wegnahme mit nachfolgender Aneignung vorliegt, so ist Diebstahl nicht gegeben, da die Wegnahmehandlung nicht vom Aneignungswillen begleitet war.

nehmen und sie dem A zu geben, so ist A mittelbarer Täter, B Gehilfe.[1]) Dagegen liegt der Eigentümerwille in den Fällen vor, wo der Täter mit dem Willen, dass sich alles vor seiner Macht beuge, fremde Sachen derelinquiert, Konfetti ausstreut oder einen Ring in die Hand nimmt und ihn ins Meer wirft. Die Grenze zwischen den Fällen der sog. reinen Enteignung und der Aneignung bildet demnach das Nichtvorliegen des Gewahrsams auf seiten des Täters. Schliesslich liegt sicherlich der Eigentümerwille in den Fällen der Sachbeschädigung oder Sachzerstörung vor, da hier die Negierung des fremden Eigentums und die Ausübung der eigenen Herrschaftsgewalt so intensiv, wie nur möglich, zum Ausdruck kommen. Am konsequentesten sind demnach diejenigen Schriftsteller, die bei Leugnung des ökonomischen Moments der Aneignung diese Fälle für Diebstahl bezw. Unterschlagung halten.

ββ) Das ökonomische Moment der Aneignung.

§ 18.

I. Die passive Seite.

Damit wären unsere Erörterungen über das rechtliche Moment der Aneignung erschöpft und die Definition des rechtlichen Moments dahin aufgestellt, dass es eine das fremde Eigentum gefährdende Gewahrsamsausübung mit Eigentümerwillen bedeute. Nach unser oben[2]) dargelegten Auffassung enthält jedoch die Aneignung noch ein ökonomisches Moment, nämlich den Willen über die Sache wirtschaftlich zu verfügen. Dieses Moment bedeutet demnach nach der passiven Seite hin, dass der Angriff auf eine Sache von Vermögenswert darstelle, da die Annahme einer wirtschaftlichen Verfügung bei einer Sache ohne jedweden Vermögenswert methodologisch anfechtbar und gekünstelt erscheint. Wir haben demnach bezüglich des wirtschaftlichen Moments der Aneignung nach der passiven Seite hin den Begriff einer Sache von Vermögenswert, nach der aktiven Seite hin den Begriff einer wirtschaftlichen Verfügung einer Erörterung zu unterziehen.

---

[1]) Hätte B den Eigentümerwillen, so würde sich für A eine Konkurrenz von Anstiftung zum Diebstahl und Hehlerei ergeben.

[2]) § 11, S. 29ff.

Da nach der passiven Seite ein Angriff auf Sachen von Vermögenswert gerichtet sein muss, so ergibt sich daraus, dass Aneignung bei einem Angriff auf wertlose Sachen nicht vorliegt. Es ergibt sich demnach für uns die Frage: Gibt es wertlose Sachen? Und wenn diese Frage bejaht wird, die fernere Frage: Wann ist eine Sache wertlos?

Es wird mitunter in der Literatur die Ansicht vertreten, dass Sachen, die im fremden Eigentum stehen, immer einen Vermögenswert repräsentieren.[1]) Für diese Ansicht könnte man drei Gründe anführen: 1. jede Sache kann mit einer ungeheuren Summe gleichartiger Sachen einen grossen Vermögenswert repräsentieren; 2. jede Sache repräsentiert irgendwo auf der Welt einen Vermögenswert; 3. jede Sache kann einst einen Vermögenswert repräsentieren. Diese drei Gründe sind zu widerlegen.

Was den ersten Grund anbetrifft, so ist es richtig, dass jede Sache von noch so geringem Wert mit einer ungeheuren Menge gleichartiger Sachen, z. B. eine Milliarde Lumpenfetzen einen grossen Vermögenswert repräsentieren kann. Man darf jedoch hierbei den mathematischen Satz nicht vergessen, dass eine unendliche Summe unendlich kleiner Summanden etwas Endliches ergibt. So repräsentieren auch unendlich viele Lumpenfetzen einen Vermögenswert, während der Wert des einzelnen Lumpenfetzens unendlich klein, mithin für die menschliche Berechnung wertlos ist. Wer ein Sandkorn sein eigen nennt, der hat nicht eine Sache von Vermögenswert, wohl aber derjenige, der in der Nähe einer Grossstadt grosse Sandgruben besitzt.

Auch der zweite Grund wird hinfällig, wenn man bedenkt, dass es nicht darauf ankommt, dass die Sache irgendwo einen Wert repräsentiert — wie z. B. eine Glasperle für einen Hottentotten, sondern dass die Sache für die Kulturgemeinschaft einen Vermögenswert repräsentiere.

Auch der dritte Grund ist unerheblich, denn es kommt auf die Jetztzeit an; man darf z. B. nicht damit rechnen, dass ein Papierstreifen mit der Unterschrift eines Studenten nach 100 Jahren vielleicht einen grossen Wert als Autograph repräsentieren kann, falls der Student etwa eine Berühmtheit werden sollte.

Es ist somit festgestellt, dass es wertlose Sachen gibt. Wann ist aber eine Sache wertlos? Die Frage ist vom Begriff des Wertes abhängig.

[1]) So Hälscher II, 1, S. 282, auch Merkel, H. H. III, S. 639; mit Recht wird diese Ansicht von v. Bar, S. 16, Gebauer, S. 15, Dörr a. a. O. getadelt.

Teilt man den Begriff des Wertes in Tausch- und Gebrauchswert ein.[1] [2] und diesen letzteren in objektiven und subjektiven Gebrauchs- bezw. Verbrauchswert,[3] so liegt es auf der Hand, dass Sachen von Tauschwert nie wertlos sind. Man darf aber auch Sachen ohne Tauschwert, jedoch vom objektiven Gebrauchswert nicht als wertlos bezeichnen, da für das Vorliegen eines Wertes nicht der zufällige niedrigste Münzfuss massgebend sein kann, sondern der Nutzen, den die Sache der Allgemeinheit bringt: ein Streichholz, eine Nadel, ein Glas Wasser sind mithin nie wertlos. Mithin kann die Frage, ob das Verzehren „wertloser" Nahrungs- und Genussmittel Diebstahl, Mundraub oder überhaupt keine strafbare Handlung ist, gar nicht aufkommen, da Nahrungs- und Genussmittel immer einen objektiven Verbrauchswert darstellen, mithin nie wertlos sein können.

Als wertlos sind demnach diejenigen Sachen zu bezeichnen, die weder einen Tausch-, noch einen objektiven Gebrauchswert repräsentieren. Dies sind einerseits Sachen, die überhaupt keinen Wert repräsentieren, wie z. B. ein Sandkorn, ein Papierfetzen, ein Grashalm, anderseits Sachen, die für einen oder einzelne Menschen einen Gebrauchs- oder Affektionswert darstellen, z. B. eine Haarlocke, ein Kieselstein und dergl. Der Nebenbuhler, der dem andern die Haarlocke der Geliebten wegnimmt, begeht somit keinen Diebstahl.[4] Diebstahl ist ferner in den Fällen ausgeschlossen, wo jemand eine wertlose Sache dem andern wegnimmt, um über sie wirtschaftlich zu verfügen, da hier die negative

---

[1] Siehe Schmoller, „Grundriss der allgemeinen Volkswirtschaftslehre": Elster, „Wörterbuch der Volkswirtschaft", II. Band, S. 1318 ff.; Gebauer, „Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände".

[2] So schon A. Smith — siehe bei Schmoller a. a. O. Die dritte Kategorie, Produktionswert — so Rau —, ist abzulehnen, da Produktionswert mittelbarer Gebrauchswert ist.

[3] Unsere Bezeichnung „objektiver Gebrauchswert" fällt zusammen mit Gebauers „subjektivem Tauschwert", gibt jedoch den ihr zu Grunde gelegten Sinn deutlicher wieder.

[4] De lege lata mag dies Ergebnis zweifelhaft erscheinen, obwohl Bar und Dörr darauf hinweisen, dass es dem Rechtsbewusstsein des Volkes widersprechen würde (?), derartige Handlungen als Diebstahl zu bestrafen (!). De lege ferenda würde dies Ergebnis den Anforderungen der soziologischen Schule vollständig entsprechen, welche so sehr die verbrecherische Gesinnung betont und welche in diesem Falle sehr minimal ist. In einem künftigen Strafgesetzbuch müssten derartige Fälle, da sie einen Angriff auf fremdes Eigentum bedeuten, zu Delikten sui generis gestempelt werden.

Seite des wirtschaftlichen Moments der Aneignung fehlt. Es nimmt z. B. A dem B einen Kieselstein weg, um daraus ein Nippfigürchen zu machen, das Mädchen A nimmt der B einige Haare weg, um damit ein Monogramm zu sticken. Schliesslich ist der Diebstahlsvorsatz ausgeschlossen, wenn der Täter sich über den Wert der weggenommenen Sache irrt. A nimmt dem B einen Edelstein weg in der Meinung, es wäre ein Kieselstein. Erkennt er dessen Wert später und verkauft er ihn an einen Dritten, so liegt Unterschlagung vor.

§ 19.

II. Die aktive Seite.

Bevor wir auf die Erörterung dieses Punktes eingehen, sei nochmals darauf hingewiesen, dass das ökonomische Moment das rechtliche nicht ersetzt, sondern neben ihm hergeht. Ebenso wie beim Vorliegen des Eigentümerwillens, jedoch beim mangelnden ökonomischen Moment, wie z. B. beim Werfen eines Ringes ins Meer, Aneignung nicht vorliegt, ebensowenig liegt beim Vorliegen des ökonomischen Moments, jedoch beim Mangel des Eigentümerwillens, Aneignung vor, so z. B., wenn sich jemand einen Frackanzug für eine Ballnacht widerrechtlich „leiht".

Was die Charakteristik der aktiven Seite des wirtschaftlichen Moments der Aneignung anbetrifft, so ist ihre Natur subjektiv. Das wirtschaftliche Moment in positiver Hinsicht ist nicht die wirtschaftliche Verfügung selbst, sondern der W i l l e, über eine Sache wirtschaftlich zu verfügen.[1]) A leugnet vor dem Eigentümer B den Gewahrsam an einer von ihm gefundenen Sache des B ab, um sie später für sich zu verbrauchen oder zu verkaufen. Hier liegt die Aneignung schon im Moment des Ableugnens, obwohl die wirtschaftliche Verfügung erst später stattgefunden hat.

Da der Wille jedoch auf die Vornahme einer wirtschaftlichen Verfügung gerichtet sein muss, so ist das Wesen der wirtschaftlichen Verfügung des näheren zu untersuchen. Da eine wirtschaftliche Verfügung dann vorliegt, wenn sie auf die Erlangung wirtschaftlicher Vorteile gerichtet ist, so ergibt sich für die folgende Untersuchung die Beantwortung dreier Fragen: 1. W a n n liegt ein wirtschaftlicher Vorteil vor? 2. W e r muss, damit die Verfügung eine wirtschaftliche genannt werden kann, den wirtschaftlichen Vermögensvorteil erlangen? 3. Ist eine

[1]) Wenn F r a n k sagt, die Aneignung sei die wirtschaftliche Verfügung selbst, so ist das unrichtig, wie das auch G l e i s p a c h S. 19 hervorhebt.

Verfügung auch dann wirtschaftlich, wenn der bezweckte Vermögensvorteil ausgeblieben ist?

Was den ersten Punkt, nämlich den Begriff des Vermögensvorteils, anbetrifft, so muss man zwischen Vermögensvorteilen materieller Natur — z. B. ein Apfel wird gegessen, ein Ring verkauft — und Vermögensvorteilen psychischer Natur unterscheiden, z. B. ein Buch wird gelesen, eine Rakete abgebrannt. Die materiellen Vermögensvorteile können aus dem Stoff oder der Bestimmung einer Sache erlangt werden. Materieller Vermögensvorteil liegt demnach auch dann vor, wenn jemand aus dem Stoff der Sache zweckwidrig einen Nutzen zieht, so wenn er zweckwidrig mit zerhackten Möbeln einheizt. Materieller Vorteil liegt ferner vor, wenn jemand aus der Bestimmung einer Sache pekuniären Nutzen zieht, z. B. eine fremde Banknote einwechselt.[1]) Dagegen liegt nicht die Erlangung eines Vermögensvorteiles aus der Sache vor, wenn jemand weder aus dem Stoff, noch aus der Bestimmung einer Sache pekuniären Nutzen zieht, z. B. durch Vernichtung von Schuldurkunden, Wechseln und dergl. Aus demselben Grunde ist Diebstahl trotz des Vorliegens des animus lucri faciendi in dem Falle ausgeschlossen, wo A gegen eine Belohnung des B das Buch des C ins Feuer wirft, da er den Vermögensvorteil weder aus dem Stoff, noch aus der Bestimmung der Sache erlangt. Auch ist in dem Falle, wo jemand dem Eigentümer eine Sache wegnimmt, um von ihm die Zahlung einer Summe zu erzwingen, nicht Aneignung, sondern Erpressung gegeben, da er den Vermögensvorteil weder aus dem Stoff, noch aus der Bestimmung der Sache schöpfen will.[2])

Was den Begriff des psychischen Vermögensvorteils anbetrifft, so wird er im Gegensatz zum materiellen nur aus der Bestimmung der Sache geschöpft, mithin liegt er nicht vor, wenn sich jemand psychische Genüsse durch bestimmungswidrige Verletzung der Sachintegrität verschafft; so ist z. B. das Zerschiessen fremder Blumentöpfe kein Diebstahl.[3])

---

[1]) Dies verkannte die frühere englische Praxis, indem sie den Vermögensvorteil aus dem Stoff der Sache geschöpft wissen wollte und mithin den Banknotendiebstahl für straflos erklärte. Siehe Stephen Z. I, S. 476.

[2]) In diesem Falle fehlt auch der Eigentümerwille. Hat der Täter die Sache dem Eigentümer in Ausübung von Selbsthilfe weggenommen, um ihn zur Zahlung zu zwingen, so liegt weder Diebstahl noch Erpressung vor, da die Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen anderseits der Eigentümerwille fehlt. — Diebstahl läge dagegen vor, wenn jemand in Ausübung der Selbsthilfe eine Sache wegnimmt, um sich aus dem Erlös zu befriedigen.

[3]) A. A. v. Bar a. a. O.

So erhalten wir folgende Definition des Begriffes des Vermögensvorteils: Der Vermögensvorteil ist ein wirtschaftlicher, wenn ein materieller Nutzen aus dem Stoff oder der Bestimmung einer Sache oder ein psychischer Genuss aus der Zweckbestimmung einer Sache geschöpft wird. — Es ist sonach in vielen Fällen, in denen der Eigentümerwille sehr intensiv zum Ausdruck kommt, der Diebstahl wegen Mangels an dem ökonomischen Moment ausgeschlossen, so wenn jemand einen fremden Ring in die Hand nimmt und ihn ins Meer wirft. Prinzipiell anders liegt der scheinbar wesensgleiche Fall, wenn jemand fremde Konfetti ausstreut. Hier stellt das Ausstreuen einen psychischen Genuss dar, der aus der Bestimmung der Konfetti geschöpft wird. Da somit das ökonomische Moment gegeben ist, so liegt hier ein Diebstahl bezw. Unterschlagung an Konfetti vor. Dagegen ist der Mangel des ökonomischen Moments gegeben, mithin der Diebstahl ausgeschlossen in dem Falle, wo jemand eine fremde Sache auf dem Felde vergräbt, ohne den Willen sie jemals wieder auszugraben, und ebenso in dem Falle, wo eine Weltdame ihrer Nebenbuhlerin aus Neid ein kostbares Kolier wegnimmt und es versteckt ohne die Absicht, es jemals selbst anzulegen.

Was die zweite von uns gestellte Frage anbetrifft, wem gegenüber die Sache Vermögensvorteile auslösen solle, so ist sie negativ dahin zu beantworten, dass eine wirtschaftliche Verfügung nur dann nicht vorliege, wenn die Sache niemandem einen Vermögensvorteil bringen solle. Mithin liegt Aneignung auch in dem Falle vor, wenn die Verfügung einem Dritten, ja dem Eigentümer selbst, wirtschaftliche Vorteile bringen solle, so z. B. wenn der Täter die Sache an den Eigentümer zurücküberträgt,[1]) sie ihm verkauft, schenkt und dergl. Dagegen liegt Diebstahl bezw. Unterschlagung nicht vor, wenn der Täter eine Sachbeschädigung oder Sachzerstörung vornimmt, ohne hierbei für irgend jemandem Vermögensvorteile zu bezwecken. Es liegt demnach auch in dem Falle keine Aneignung vor, wo jemand eine fremde Sache wegnimmt und sie einem Dritten gibt, damit dieser sie zerstört. Hier ist der Wegnehmende nicht Dieb, sondern Anstifter oder Gehilfe zu der von dem Dritten begangenen Sachbeschädigung. Ganz

[1]) Ebenso v. Bar S. 21.

eigentümlich liegt der Fall, wenn A dem B eine Sache wegnimmt und sie dem B zurückgibt, damit dieser sie zerstört. B tut dies, indem er glaubt, es handle sich um eine fremde Sache. Betrug liegt hier nicht vor, da dem A die Absicht, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, fehlt. Anstiftung zur Sachbeschädigung liegt auch nicht vor, da B, indem er seine eigene Sache zerstört, höchstens nur versuchte Sachbeschädigung[1]) begeht, Anstiftung zum versuchten Delikt aber nicht strafbar ist.[2]) A ist hier als mittelbarer Täter einer Sachbeschädigung anzusehen.

Was den dritten Punkt anbetrifft, so braucht die wirtschaftliche Verfügung mit der Erlangung eines Vermögensvorteils zeitlich nicht zusammenzufallen. Die Erlangung des wirtschaftlichen Vorteils kann nachfolgen oder unter Umständen ganz ausbleiben. Falls der wirtschaftliche Vorteil ausbleibt, so ist die Verfügung dennoch eine wirtschaftliche, wenn sie geeignet war, einen wirtschaftlichen Vermögensvorteil zu schaffen. Und ob dies der Fall gewesen, bestimmt sich, da es sich um einen Möglichkeitsbegriff handelt, nach dem Prinzip der nachträglichen Prognose. Wenn A dem B ein Düngungsmittel wegnimmt und es auf seinem Felde ausstreut, ein Hagel jedoch die Saat zerstört, so hat A den erstrebten Vermögensvorteil nicht erlangt. Vom Standpunkte der nachträglichen Prognose war das Ausstreuen jedoch geeignet, dem A Vermögensvorteile zu verschaffen, mithin liegt auf seiten des A Diebstahl vor. Wenn dagegen der dumme Bauer A Sardellen mit Saradella identifiziert, dem Kaufmann B Sardellen wegnimmt und sie auf seinem Felde „sät", so ist vom Standpunkte der nachträglichen Prognose klar, dass das Ausstreuen der Sardellen dem A den erstrebten Vermögensvorteil nicht bringen wird. Die Handlung des A ist mithin straflos. Sachbeschädigung liegt nämlich auch nicht vor, da A sich der Zweckwidrigkeit oder Zwecklosigkeit seiner Handlung nicht bewusst war. Auch ist Aneignung in dem Falle ausgeschlossen, wo jemand seine Verfügung über die Sache für eine nicht wirtschaftliche hält. A nimmt dem B einen Stoff weg und streut ihn, um ihn zu zerstören, auf seinem Felde aus. Dieser Stoff war jedoch ein Düngungsmittel. Hier liegt Diebstahl nicht vor, sondern

[1]) Zu entscheiden vom Standpunkt der nachträglichen Prognose. Nach anderen wäre dies Putativdelikt.

[2]) Ebenso v. Liszt, S. 230, dagegen Frank, § 48 I[4]; Olshausen, § 48[14].

nach den Umständen des Falles strafbarer oder strafloser „untauglicher" Versuch einer Sachbeschädigung.

Die positive Seite des wirtschaftlichen Moments der Aneignung ist demnach der Wille des Täters, sich oder irgend jemandem Vermögensvorteile materieller oder psychischer Natur zu verschaffen, durch eine Handlung, die vom Standpunkt der nachträglichen Prognose zur Hervorbringung derartiger Erfolge geeignet erscheint.

Wir sind somit am Schlusse unserer Erörterungen und haben folgende Definition der Aneignung erhalten: Die strafrechtliche Aneignung ist eine das fremde Eigentum vernichtende oder gefährdende Gewahrsamsausübung an einer Sache von Vermögenswert, getragen vom Eigentümerwillen und von dem Willen, einen zur Hervorbringung von wirtschaftlichen Vorteilen für irgend jemanden geeigneten Herrschaftsakt an der Sache vorzunehmen.

Schlussergebnisse.

§ 20.

Die Sachbeschädigung und die Aneignung sind demnach weder wesensgleiche Begriffe, da eine zweckwidrige und zwecklose Verletzung der Sachintegrität jedweder wirtschaftlicher Momente entbehrt, noch heterogene Begriffe, die eine zweckwidrige Verletzung der Sachintegrität einen wirtschaftlichen Herrschaftsakt über die Sache darstellen kann. Das Verhältnis der Sachbeschädigung zur Aneignung ist demnach weder Wesensgleichheit noch Alternativität, sondern Neutralität.

Das Ergebnis ist nicht ohne praktische Bedeutung. Regelmässig wird zwar bei der idealen Konkurrenz des § 242 und des § 303 Str.G.B. auf Grund des § 73 der § 242 Str.G.B. zur Anwendung kommen, bei der Konkurrenz des § 246 mit dem § 304 und des § 242 mit dem § 305 würde jedoch § 304 resp. § 305 zur Anwendung kommen. So würde einer, der einen ihm nicht gehörigen Gegenstand der Verehrung und dergl. durch Entstellung oder durch Änderung der Inschrift sich aneignet, nicht aus dem § 246, sondern aus dem § 304 Str.G.B. bestraft werden, ebenso würde derjenige, der eine fremde Brücke zerstückelt, um sie als Brennholz zu benutzen, nicht aus § 242, sondern aus dem § 305 Str.G.B. bestraft werden.

Was den Überblick über die vorliegende Schrift im allgemeinen anbetrifft, so bilden ihr Hauptproblem die Fälle, wo durch ein und dieselbe Handlung eine Sache beschädigt und zugleich angeeignet wird. Ideale Konkurrenz liegt jedoch auch dann vor, wenn durch eine Handlung eine Sache beschädigt und eine andere angeeignet wird, so z. B. wenn jemand durch eine Handbewegung eine Scheibe zertrümmernd

ein Brot aus dem Bäckerladen herausgreift,[1]) es konkurrieren hier Mundraub und Sachbeschädigung ideell, so dass § 303 Str.G.B. zur Anwendung kommt. Sind dagegen nicht durch ein und dieselbe Handlung Sachbeschädigung und Aneignung an verschiedenen Sachen begangen, so liegt sowohl in dem Falle, wo die Beschädigung der Aneignung vorangeht[2]) — A tötet Bienen und eignet sich den Honig an — als auch in dem Falle, wo die Aneignung der Beschädigung vorangeht — A stiehlt einen Revolver und zerschiesst eine Scheibe —, zwischen Sachbeschädigung und Diebstahl bezw. Unterschlagung reale Konkurrenz vor.

Zwischen Sachbeschädigung und Aneignung liegt demnach ideale Konkurrenz — Neutralität — vor, wenn durch ein und dieselbe Handlung ein und dieselbe Sache oder ein Teil derselben Sacheinheit zugleich beschädigt und angeeignet wird, oder wenn durch ein und dieselbe Handlung von verschiedenen Sachen die eine beschädigt, die andere angeeignet wird.

---

[1]) Dass hier kein qualifizierter Diebstahl vorliegt, siehe den Beschluss der vereinigten Strafsenate, E. 14, 312.

[2]) Mit Ausnahme der im § 243 qualifizierten Diebstahlsfälle.

Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Prof. Dr. **Allfeld,** Erlangen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar,** Göttingen, Prof. Dr. **Ernst Beling,** Tübingen, Geh. Hofrat Prof. Dr. **Birkmeyer,** München, Prof. Dr. **van Calker,** Strassburg, Prof. Dr. **Finger,** Halle, Prof. Dr. **Frank,** Tübingen, Prof. Dr. **Freudenthal,** Frankfurt a. M., Geh. Justizrat Prof. Dr. **Gretener,** Breslau, Prof. Dr. **Günther,** Giessen, Prof. Dr. **Hegler,** Tübingen, Prof. Dr. **Heimberger,** Bonn, Prof. Dr. **von Hippel,** Göttingen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kahl,** Berlin, Prof. Dr. **Kleinfeller,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kohler,** Berlin, Prof. Dr. **Kohlrausch,** Königsberg, Prof. Dr. **Liepmann,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **v. Liszt,** Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Lœning,** Jena, Prof. Dr. **M. E. Mayer,** Strassburg, Prof. Dr. **Mittermaier,** Giessen, Prof. Dr. **Oetker,** Würzburg, Prof. Dr. **Rosenfeld,** Münster, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt,** Freiburg, Prof. Dr. **Träger,** Marburg, Geh. Rat Prof. Dr. **v. Ullmann,** München, Prof. Dr. **Wachenfeld,** Rostock, Prof. Dr. **Weismann,** Greifswald

herausgegeben von

Dr. von Lilienthal,

Geh. Hofrat, ord. Professor an der Universität Heidelberg.

Heft 89.

Über die Quellen des im Landrecht für das Herzogtum Preussen von 1620 enthaltenen Strafrechts.

Ein Beitrag zur preussischen Rechtsgeschichte.

Von

Dr. jur. Curt Elwenspoek.

BRESLAU 1908.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Über die Quellen des im Landrecht für das Herzogtum Preussen von 1620 enthaltenen Strafrechts.

Ein Beitrag zur preussischen Rechtsgeschichte.

Von

Dr. jur. Curt Elwenspoek,

BRESLAU 1908.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen von

Professor Dr. E. Kohlrausch, Königsberg.

Druck von Gebrüder Böhm, Kattowitz O.-S.

Vorwort.

Die erste Anregung zu der vorliegenden Arbeit verdanke ich Herrn Professor Kohlrausch in Königsberg. — Ein dem hier bearbeiteten annähernd gleichlautendes Thema hatte vor Jahren Herr Geheimrat Professor Dr. Güterbock als Preisarbeit gestellt; doch fand sich kein Bearbeiter. — Herrn Geheimrat Güterbock danke ich nicht nur einen Teil der Quellennachweise, er hat auch sonst durch wichtige Fingerzeige das Zustandekommen der Arbeit ermöglicht. Ebenso stand mir Herr Professor Kohlrausch stets mit Rat und Tat zur Seite. Beiden Herren danke ich auch hier wärmstens! — Dank schulde ich ferner Herrn Geheimen Archivrat Dr. Joachim, Direktor des Königlichen Staatsarchivs zu Königsberg, sowie Herrn Archivrat Dr. Karge und Herrn Dr. Spangenberg daselbst und ebenso Herrn Geheimen Archivrat Dr. Bailler und Herrn Dr. Lüdiger vom Königlichen Geheimen Staatsarchiv zu Berlin für gütige Unterstützung bei meinen archivalischen Studien.

Herrn Amtsgerichtsrat Conrad-Berlin danke ich hier nochmals für gütige persönliche Auskünfte.

Endlich muss ich auch an dieser Stelle Fräulein Erna Elwenspoek-Königsberg, die mich durch Anfertigung der Exzerpte und vor allem bei der äusserst langwierigen Vergleichung der verschiedenen Gesetzbücher in aufopfernder Weise unterstützte, herzlichst danken.

Inhaltsverzeichnis.

I. Teil: Seite

a) Einleitung 1
b) Kritische Würdigung älterer das vorliegende Thema berührender Arbeiten 2

II. Teil:

Die Entstehungsgeschichte des „Landrechts des Herzogthumbs Preussen. Publiciret Anno 1620".

a) Die rechtlichen Zustände in Preussen während des 16. Jahrhunderts und erste Reformversuche 5
b) Auszüge aus den preussischen Ständeakten von 1594 8
c) Abfassung des Landrechts durch Levin Buchius bis zum Druck 1620 11

III. Teil:

Die Quellen des VI. Buches.

a) Allgemeines:
α) Carolina 15
β) Damhouder 16
γ) Chur-Pfältz. Landrecht 1582. 16
δ) Sächsische Konstitutionen 1572 16
ε) Kulmisches Recht, Württemb. u. Preuss. L.O. 17
b) Tabellarische Übersicht 17
c) Proben für die Übereinstimmungen 46

Anhang:

Charakterisierung des preussischen Strafrechts von 1620 54

Literaturverzeichnis.

Abegg, Versuch einer Gesch. der Strafgesetzgebung und des Strafrechts der Brandenb.-Preussischen Lande in Hitzigs Zeitschr. für die Krim.-Rechts-Pflege in den Preuss. Staaten. I. Suppl.-Band. Berlin 1836.

Acta Borussica oder sorgfältige Samml. u. s. w. Königsberg 1730—32.

Arnoldt, Historie der Königsbergischen Universität. Königsberg 1746—69.

Biener, Beiträge zur Gesch. des Inquisitionsprozesses. Leipzig 1827.

Breuning, Sächsische Konstitutionen und Decisionen. Leipzig 1776.

Bujak, Der preuss. Landtag von 1594; in dem 40. Sitzungsbericht der Altertumsgesellschaft Prussia. Königsberg 1884.

Conrad, Georg, Geschichte der Königsberger Obergerichte. Leipzig 1907.

Churfürstl. Pfaltz Landts-Ordnung. Heydelberg 1582.

Damhouder, Praxis revum Criminalium. Antverpiae 1555.

Güterbock, Die Entstehungsgesch. der Karolina. Würzburg 1876.

Grube, Corpus Constitutionum Prutenicarum. Königsberg 1721.

Hälschner, Das preuss. Strafrecht. Band I, Geschichte. Bonn 1855.

Hartknoch, Altes und neues Preussen. Frankfurt u. Leipzig 1684.

Jus Culmense ex ultima revisione. Dantzig 1745.

v. Kamptz, K. A. Die Provinzial- und statut. Rechte der preuss. Monarchie. I. Teil. Berlin 1826.

Landrecht des Herzogtums Preussen. Rostock 1620.

Dasselbe. Rostock 1685.

Dasselbe. Rostock 1721.

Leman, Handbuch über das ostpreuss. Provinzialrecht. Insterburg 1821.

Liliencron, Deutsche Biographie.

Meckelburg, De iuris Prussici origine (diss. histor.), Regimont 1677.

Pierson, Preussische Geschichte. Berlin 1898.

Pisansky, Entwurf einer Preuss. Litterärgeschichte. Königsberg.

Rautenberg, Ost- und Westpreussen. Ein Wegweiser durch die Zeitschriftenliteratur. Leipzig 1897.

Schweikart, Über die in Ost- und Westpreussen geltenden Rechte; im 26. Bande der Kamptz'schen Jahrbücher für die preuss. Gesetzgebung.

Stobbe, Die Geschichte der deutschen Rechtsquellen. Band I u. II.

v. Wächter, Gemeines Recht Deutschlands. Leipzig 1844.

Zoepfl, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. Leipzig u. Heidelberg 1883.

I. Teil.

Einleitung.

Dass Kolonistenländer besonders lohnende Gegenstände für wissenschaftliche Betrachtung verschiedenster Art darstellen, ist begreiflich. Nicht nur, dass in der Kolonie die Verhältnisse des Mutterlandes oft in einer Weise sich spiegeln, die deren Wesen und Wert ungleich klarer erkennen lassen als das heimische Original — es findet sich hier häufig auch ein Gemenge der divergierendsten rechtlichen, wirtschaftlichen und allgemein kulturellen Einflüsse, das zu entwirren, im einzelnen nachzuweisen und zu verstehen eine oft mühsame, niemals wertlose, immer interessante Arbeit bedeutet. — Dass ganz besonders die rechtlichen Verhältnisse zu derartiger Betrachtung auffordern, liegt bei der Klarheit und Begrenztheit des Materials, bei der Unausbleiblichkeit eines irgendwie neuen und belehrenden Ergebnisses auf der Hand.

Wenn trotz alledem ein Gebiet wie das Deutsche Ordensland, das spätere Herzogtum Preussen, seinen besonderen Rechtshistoriker immer noch nicht gefunden hat, so darf man sich darüber mit Recht verwundern. Wohl mag die anfängliche Unabhängigkeit des Ordenslandes vom Reiche, später die lange Abhängigkeit des Herzogtums von der Krone Polen, endlich die inneren und äusseren Kämpfe des Reiches selbst hier kein wärmeres Interesse für die entlegene Ostmark — noch heute vielen ein Nazareth, aus dem nichts Gutes kommen könne — haben aufkommen lassen. Aber heute ist es gewisslich an der Zeit, dass diese alte Ehrenschuld gegen die beiden sauer erworbenen und behaupteten östlichen Provinzen abgetragen werde! Dazu will die vorliegende Arbeit ein bescheidenes Scherflein beisteuern.

Sie beschäftigt sich mit dem Strafrecht, welches im Landrecht für das Herzogtum Preussen von 1620 enthalten ist. Dies Gesetzbuch, welches sich als die erste Kodifikation auf preussischem Boden darstellt, zerfällt in sieben Bücher, die ihrerseits wiederum in Titel, Artikel und Paragraphen geteilt sind. Der Stoff ist folgendermassen auf die einzelnen Bücher verteilt: Buch I: Gerichtlich Prozess; Buch II: Von Verlöbnussen, Hochzeiten und Ehesachen u. s. w.; Buch III: De acquirendo rerum dominio earumque possessione et interdictis (Sachenrecht); Buch IV: Von den Contrakten und Handtierungen, so einen gewissen nahmen haben; Buch V: Von Testamenten, Letzten Willen und dergleichen Geschefften von Todtswegen; Buch VI: Von Peinlichen sachen, Misshandlungen vnd Ubelthaten, auch deroselben Straffen; Buch VII: Von Lehensachen.

Diese Arbeit beschäftigt sich lediglich mit dem VI. Buche, welches das Strafrecht enthält. Es galt, die Quellen aufzudecken, aus denen Buchius und seine Mitarbeiter hier geschöpft haben, die Stärke des Einflusses jeder einzelnen nachzuweisen; daneben sollte etwas Licht in die Entstehungsgeschichte dieses Landrechts von 1620 gebracht werden. Das Hauptergebnis meiner archivalischen Studien ist leider ein negatives: Der Nachlass des Dr. Levin Buchius, seine Vorarbeiten zu dem Gesetzbuch, finden sich weder auf dem Königlichen Staatsarchiv zu Königsberg noch im Geheimen Staatsarchiv zu Berlin. Offenbar ist dies wertvolle Material im Besitz der Familie geblieben und verloren gegangen. — So war ich lediglich auf Ständeakten, amtliche Briefe und auf das Gesetzbuch selbst angewiesen. — —

Kritische Würdigung
älterer das vorliegende Thema berührender Arbeiten.

In der Literatur, soweit sie mir zugänglich geworden, findet sich gerade über dies älteste Landrecht von 1620 [1]) ausserordentlich wenig. — Abegg in seinem „Versuch einer Geschichte der Strafgesetzgebung und des Strafrechts der Brandenburg-Preussischen Lande“ in Hitzigs Zeitschrift für die Krimin.-Rechts-Pflege in den Preuss. Staaten, I. Suppl.-Band, Berlin 1836, bietet in dem kurzen § 20 im wesentlichen nichts,

[1]) Dies Gesetzbuch ist zweimal revidiert worden: 1685, wo es nur mit unbedeutenden Zusätzen versehen wurde, dann 1721, wo man es gründlich umarbeitete.

als ein Citat aus Biener „Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses", Leipzig 1827. Die einschlägige Stelle bei Biener lautet: „Wie weit Damhouders Autorität sich ausgebreitet hat, ergibt unter anderem der Umstand, dass das preussische Landrecht von 1620 seine Darstellung des Kriminalprozesses wörtlich an Damhouder anschliesst. (Mehrere andere nähere Ausführungen, welche nachher in dem Landrecht folgen, sind aus der P.G.O. entlehnt.) Gleich von Anfang sind Buch VI, Titel 1, Artikel 1, § 1—4 aus Damhouder Kap. 1—4 entlehnt. Der vierte Artikel, welcher von dem Inquisitionsprozess handelt, ist in seinen drei Paragraphen aus Damhouder Kap. 8 entnommen, doch mit einiger Umstellung, so dass die Paragraphen Damhouders ungefähr so angeordnet sind, 1—3; 14, 15; 4—13; 19, 20, 21; 24."

Hälschner, der in seiner „Geschichte des preuss. Strafrechts, Teil I Geschichte des Brandenb.-Preuss. Strafrechts", Bonn 1855, auf das Landrecht von 1620 überhaupt nicht näher eingeht, bringt S. 149 nur die mindestens missverständliche Angabe, dass hier „die Karolina . . . wenigstens nicht formell als Quelle des Strafrechts anerkannt" sei, und verweist im übrigen auf Biener a. a. O., S. 164. Doch bemerkt er einiges — allerdings mit Bezug auf das revidierte Landrecht von 1721 — über die ausgiebige Benutzung der sächsischen Konstitutionen von 1572 als Quelle für dies preussische Landrecht von 1721. Dass sie, wie später gezeigt werden wird, in sehr erheblichem Umfange schon dem Landrecht von 1620 zu Grunde liegen, scheint Hälschner nicht bekannt geworden zu sein.

Schweikart weiss in seinem Aufsatz „Über die in Ost- und Westpreussen geltenden Rechte" in dem 26. Bande der Kamptzschen Jahrbücher für die preussische Gesetzgebung über unser Gesetzbuch nichts weiter zu sagen, als dass es von Levin Buch unter Beihilfe von Behm, Wilhelm (Wilhelmi?), Friese und Huberin entworfen, den Ständen vorgelegt, von einer Kommission durchberaten und 1620 veröffentlicht worden sei. Als Quellen nennt er für das Strafrecht lediglich Damhouders Praxis rerum criminalium, die Constitutiones Saxonicae nur als Quelle für das Civilrecht.

Leman bringt in seinem „Handbuch über das ostpreussische Provinzialrecht", Insterburg 1821, einige Angaben über Entstehung und Einführung des Landrechts, die sich sachlich mit den vorerwähnten decken. Er bemerkt ausserdem, dass Buchius seinen fertigen Entwurf bereits 1605, danach 1606 und 1608 den Ständen vorgelegt habe, dass

aber dann, infolge der dauernden Zänkereien der Stände mit dem Kurfürsten und der Erbitterung, die dessen Übertritt zur reformierten Kirche hervorrief, das Interesse an der Gesetzgebung erlahmt sei. Daher habe sich, trotz wiederholter Mahnung des Königs Sigismund von Polen die Publikation bis 1620 verzögert.

K. A. v. Kamptz in seinen „Provinzial- und statutar. Rechten d. preuss. Monarchie" bietet nur eine kurze ungenaue Bemerkung über die Entstehung des Landrechts, die er aus Hartknochs Diss. de jure Prussorum § 25 schöpft.

In Stobbes „Geschichte der deutsch. Rechtsquellen", Band I, findet sich nur einiges über die Geschichte unseres Gesetzbuches; über Wesen und Quellen nur eine Verweisung auf Schweikart, der selbst ja höchst mangelhaft unterrichtet ist.

Die knappe, klare Entstehungsgeschichte des Landrechts bei M. Meckelburg in seiner Diss. hist. de juris Pruss. origine, Regiom. 1677, hat Hartknoch in seinem „Alten und neuen Preussen" zum grossen Teil wörtlich benutzt. Hartknochs Darstellung der Geschichte unseres Landrechts ist die weitaus eingehendste und beste von den älteren Werken. —Am wichtigsten jedoch ist das neue Buch von Georg Conrad „Geschichte der Königsberger Obergerichte", Leipzig 1907, das über Levin Buchius und sein Werk allerlei Neues bietet. (Vergl. a. a. O., S. 43, 44.)

Alle diese Werke enthalten, soweit sie überhaupt Nennenswertes über das Landrecht von 1620 enthalten, nur Beiträge zu dessen Geschichte. Nur Biener und Schweikart machen einige unvollständige Angaben über Quellen. Diese dürftigen Ergebnisse, soweit sie das Strafrecht betreffen, zu ergänzen und zu einem klaren Bilde der Sachlage zu vervollständigen, war das Ziel der vorliegenden Arbeit.

II. Teil.

Die Entstehungsgeschichte des „Landrechts des Herzogthumbs Preussen. Publiciret Anno 1620."

a) Die rechtlichen Zustände in Preussen während des 16. Jahrhunderts und erste Reformversuche.

Die Änderung seiner politischen und staatsrechtlichen Beschaffenheit, welche das Ordensland im Jahre 1525 durch seine Umwandlung in ein weltliches Herzogtum erfuhr, war doch zu tiefgreifend, als dass die Gesetzgebung sich ihr so bald hätte anpassen können. Die Verhältnisse des Landes, zumal die rechtlichen, waren so verworren und verfahren, dass es vieler Jahrzehnte bedurfte, sie einigermassen zu ordnen. Ein einheitliches, klares, zusammenfassendes Rechtsbuch war dringendes Bedürfnis. Wohl mag es in jenen bewegten Zeiten zunächst an der nötigen Musse gefehlt haben — jedenfalls erscheinen all die Edikte, Satzungen und Ordnungen, die seit der Landesordnung Herzog Albrechts und später unter seinem Nachfolger erlassen wurden, als Versuche mit untauglichen Mitteln, die zunehmende Verworrenheit der rechtlichen Zustände zu beseitigen. —

Es galt im Lande das kulmische Recht. Wie dies aber eigentlich lautete, ja, was es war, darüber war man sich duchaus nicht einig. — Schon in einem Erlass König Sigismunds von Polen aus dem Jahre 1526 heisst es: „Cum Jus Culmense, quo potissimum in Prussia utitur, scripturis saltem authenticis nusquam reperiatur esse sancitum, multaque reperiantur incommoda..... venerabiles viros.... designavimus, ut ..... passim colligent diligenterque conscribant....." [2])

---

[2]) v. Kamptz, Provinzialrechte I, S. 246.

Indessen beginnt die damals bereits als notwendig empfundene Revision erst vierzehn Jahre später, 1540. [3]) Sie wird nach einiger Zeit jedoch schon wieder abgebrochen und erst 1553 wieder aufgenommen. Das Ergebnis überarbeitet dann 1566 eine Kommission zu Heilsberg, während es für das polnische Preussen im Jahre 1580 zu Neumarkt einer Umgestaltung unterzogen wurde. All diese Vorarbeiten, obwohl in ihnen die Wurzeln des Landrechts von 1620 liegen, führten zu keinem praktischen Ergebnis. — Pisansky in seinem „Entwurf einer Preussischen Litterärgeschichte" beleuchtet die Verhältnisse folgendermassen: „Die häufigen Abschriften, so man davon (vom kulmischen Rechte) hatte ..... stimmten fast niemals miteinander überein ..... Die mehrmalen mit diesem Rechte vorgenommenen Veränderungen, welche von einigen angenommen, von anderen verworfen waren, hatten Manches darinnen durch Zusätze, Weglassungen, Einschränkungen und Ausnahmen so sehr verworren gemacht, dass es bei vielen Vorfällen gar nicht zur sichern Richtschnur gebrauchet werden konnte. Eben dieses war die Ursache der für nötig befundenen und oft versuchten Verbesserung des kulmischen Rechts, womit man aber doch nicht völlig zu stande kam. Es erschien endlich im Druck; und man hoffte hierdurch den bisherigen Abweichungen der geschriebenen Exemplare voneinander abzuhelfen. Allein diese Ausgabe fand nicht den allgemeinen Beyfall, sondern ward von verschiedenen für unvollständig und einer Verbesserung bedürftig erkläret. Dieses aber tat der Ungerechtigkeit vielfältigen Vorschub und veranlassete die wehmütigsten Klagen." — Man erklärte, so klagt Henneberger in der „Erklärung zur Landtafel", S. 51, für kulmisches Recht, was man wollte. „Es heisst: Sic volo, sic iubeo, sit pro ratione voluntas, das ist jetzunder bei vielen das Colmische Recht!"

Dies Gefühl der Rechtsunsicherheit wurde je länger je drückender, zumal nach der Thronbesteigung des jungen, bald hoffnungslos erkrankten Herzogs Albrecht Friedrich eine straffe Zentralgewalt im Lande überhaupt fehlte. Dazu kam, dass nicht nur das materielle Recht so viel zu wünschen übrig liess, sondern, dass überdies noch die praktische Rechtspflege sehr im argen lag. Bezeichnend hierfür ist ein an den Kurfürsten Johann Georg gerichtetes Schreiben der preussischen Landschaft vom 9. Januar 1574,[4]) worin ausführlich „Mangel und Unordnung

---

[3]) Stobbe, Rechtsquellen II, S. 351.

[4]) Im Königlichen Geheimen Staatsarchiv zu Berlin.

in Mitteilung der Justitien" gerügt wird. Es heisst da unter anderem: „So ists auch nicht recht, dass mann Einem die wolbefugten beneficia juris schwer und sauer machen will vnd würden inn dem fall die reichen mehr Vortheils haben als die Armen, cum iura omnibus ex aequo subvenire nelint". — Auch über mehr als zwanzigjährige Prozessverschleppungen wird geklagt. —

Trefflich werden die unhaltbaren rechtlichen Verhältnisse auch charakterisiert durch die Landtagsverhandlungen von 1594. Da wird u. a. vorgebracht, es sei „nicht eine geringe beschwer, dass in strittigen sachen nach dem Kayserlichen Recht, baldt nach dem Sachssen Recht, auch nach den aussländischen Constitutionibus gesprochen wirdt und in vielfältiger differentz solcher Recht mann nicht gewiss wissen kann, wornach man sich richten und halten soll".

Die preussischen Stände, die ja schon lange die Revision des kulmischen Rechts betrieben hatten, bemühten sich, diese heillosen Zustände zu beseitigen. Auf allen Landtagen wurde wieder und wieder hierüber verhandelt — freilich ohne greifbaren Erfolg. — Markgraf Georg Friedrich von Ansbach, der seit 1577 nicht nur Vormund des blödsinnigen Herzogs und Regent geworden, sondern vom polnischen König ausdrücklich als Herzog belehnt worden war, obwohl Albrecht II. noch lebte,[5]) Georg Friedrich hatte seinerseits den Ständen 1584 bereits bestimmte „fürschläge und wegweisung gethan, mit was Ordnungen undt gelegenheit ein Landt Recht auf Ihrer fürstl. Dhlt. Herzogthumb Preüssen zusammen getragen undt verfasstt werden könne". Aber erst zehn Jahre später, auf dem Landtage von 1594, kommt es zu bestimmt formulierten Anträgen der Landschaft an den Herzog. — Übrigens kamen die erwähnten Landtagsbeschlüsse keineswegs einstimmig und widerspruchslos zu stande. Die Städte wollten von einem allgemeinen Landrecht, das vom kulmischen abwiche, nichts wissen. Von den Oberständen hingegen geht der Gedanke eines neuen Landrechts aus, wenn auch sie freilich Abweichungen vom Sinn des kulmischen Rechts für entbehrlich halten. — Die Verhandlungen über diesen Punkt fanden im Mai und Juni 1594 im Schlosse zu Königsberg statt. Sie dürfen allgemeineres Interesse beanspruchen, so dass ich einige Auszüge aus den Akten hier folgen lasse:

---

[5]) B u j a k im 40. Sitzungsbericht der Prussia: „Der preuss. Landt. v. 1594".

b) Auszüge aus den preussischen Ständeakten von 1594.

I.

Ohne Datum; 29. oder 30. Mai 1594.

Beyder Oberstände Landes-Beschwerungspunkta, denen von Städten zu übersehen zugestellt.

(Punkt 1—6 betrifft kirchliche und Verwaltungssachen.)

7. Was offtmahls wegen des Cöllmischen Rechtens auf allen Landtägen angehalten und gebethen worden, ist Männiglichen kundt undt offenbahr, wann dann dasselbe mit schwerer Mühe undt Unkosten corrigirt undt in richtigkeit gebracht undt aber nicht eine geringe beschwer ist, dass in strittigen sachen nach dem Kayserlichen Recht, baldt nach dem Sachssen-Recht, auch nach den aussländischen Constitutionibus gesprochen wirdt und in vielfältiger differentz solcher Recht mann nicht gewiss wissen kann, wornach man sich richten und halten soll, erfordert die hohe noth, dass gedachtes corrigirtes Cöllmisches Recht nunmehr ohne fernere Verzögerung publiciret und bekräftigt werde, denn obschon etzliche puncta unverglichen, können doch dieselben notiret undt dem Königl. Theil wie auch dem Herzogtumb Preüssen, dessen so gewilligt, sich zu gebrauchen frey gelassen werden; derowegen bitten E. Frl. Dhlt. E. E. L. unterthänigst, damit es auf's Neue revidiret undt im Druck verfertiget werden möge, im fall aber das corrigirte Cöllmische Recht über verhoffen nicht solte in Druck kommen oder angenommen werden, bitten fürstl. Dlt. E. E. L., damit dennoch dieselbe normam sich im gantzen Lande zu richten, umb ein allgemeines Landt-Recht.

II.

Derer von Städten Bedencken auff der Beyden Oberstände Landes-Beschwerungs-Puncta, denen vom Adel übergeben den 30. May Anno 1594.

Es haben die von Städten die Landesbeschwerungspuncta.....
durchgesehen .....
Weil aber in solchen Beschwerden etzliche puncta enthalten, welche die von Städten angehen, können sie dieselben stillschweigend und unverantwortet nicht hin oder vorbey gehen lassen, sondern müssen derselben mit wenig worten gedencken: Dass nun anfänglich im 7. beschwer-

punct des allgemeinen Landt-Rechts gedacht wirdt, darauff sagen die von Städten uff den fall, da mann sich mit revidirung des Cöllmen nicht könnte vergleichen, undt ja ein allgemeines Landt-Recht, welches die von Städten nicht hoffen wollen solte auffgerichtet werden, so bitten sie, dass man in deme nichts wolte vornehmen, welches den alten Cöllmischen Rechten, Gebräuchen undt Gewohnheiten zu wieder ist.

III.

Derer von der Ritterschafft und Adel abgesandten antwort auf der Städte eingegebener gravamina und vbergebener puncta. 30. May 1594.

Was die Revidirung des Collmen belangen thut, erfordert des gantzen Landes Notturfft, dass ein gemein und bestendig Landt Recht, nach welchem die Einwohnere des gantzen Landes sich zu richten und zu reguliren haben mögenn, inmassen in anderen Landen gebräuchlich, vnd die Herrschaft das gutt fug vnd macht hat, bewilliget, constituiret und auffgerichtet vnd jedermänniglichenn zur nachrichtung publiciret werden. Derowegen dann E. E. L. bei ihrer lieben Obrigkeit vnterthänigst darumb anzuhalten gutt fug vnd macht hat, vnd wird gar nicht dahin gemeinet, dass dadurch dem alten Colmischem rechtem vnd wohlhergebrachten gebreuchen vnd gewohnheiten was derogiret noch dieselben uffgehoben werden sollen. Demnach werden hoffentlich die von Städten wohl zufrieden seyn.

IV.

Antwort derer von Städten auf Bedenken derer vom Adel wegen der Antwort an die fürstl. Regierung. 31. May 1594.

. . . . . .

. . . . . .

Was nun etzliche Bechwerungspunkta von anfenglichen die Revidirung des Colmens betriefft, sagen die von stetten, dass die Revidirung des Colmen ein hoch nöttiges Wergk derwegen auch F. Dchl. zu bietten das nunmehr solche Revidirung vor die Hand genommen vnd auch zu ende gebracht werde darzu dan der von stetten erachtens nach zu schleiniger Beforderung von nötten sein wollte das F. D. darzu eine gewiesse Zeit, vnd die stande gewiesse Personen vnder sich die solch wergk vorrichten vnd enden sollen denomiret vnd bestimmet hettenn.

V.

Der von Städten Beantwortung uff etzliche mit denen vom Adel strittige Puncta, Denen vom Adel ubergeben d. 1. Juny 1594.

. . . . . .

. . . . . .

Wass den Collmen belanget, bleiben die von Städten bei Ihrer vorigen Meynung, dass in der Schrift angezogene Landt Recht betreffendt; weil die von Städten nicht wissen, was damit gemeinet, lassen sie solches an seinem Orth ersitzen; die von Städten wissen von keinem andern Recht, alss ihren alten Cöllmischen Rechten, Willkühren, Stadt Gerechtigkeiten undt alten Gebräuchen, das sie als ihre Rechte und Ordnungen halten, undt wissen sich an kein ander Recht vorbinden zu lassen, wie dann auch in der Städte nächst ubergebenem bedencken des landtrechts mit keinem wort gedacht wird.

Die Ansicht der Oberstände drang indessen durch, wie man aus den beiden folgenden an Georg Friedrich gerichteten Schreiben, deren erstes nicht abgeschickt wurde, ersieht.

VI.

Der Herren Rähte bedencken, wie Ihr fürstl. Durchl. die abgesandten E. E. L. uff etzliche Reservat Beschwer zu verabschieden hetten. (Juny 1594.) *)

. . . . . .

4. Wie hoch undt gross Fürstl. Dhlt. sich Ihres theils Zeit Ihrer Regierung bemühet haben, dass ein beständiges gewisses Recht in dem Lande Preüssen verfasset undt verordnet würde, dass zeügen die abordnungen, welche Ihr Fürstl. Dchlt. auff die Convocation-tage in das Königl. theil gethan haben; Wenn aber in den Zusammenkünfften bis daher endliches nichts verrichtet, die sachen von dahero zu Jahren verschleppet undt verzögert worden, haben Fürstl. Dht. Anno 84 fürschläge undt wegweisung gethan, mit was Ordnungen undt gelegenheit ein Landt Recht auf Ihrer fürstl. Dhlt. Herzogthumb Preüssen zusammen getragen undt verfasst werden könne, welche Ordnung Ihr fürstl. Dchlt. nochmals beharren undt wollem Ihre Rähte gewisse Persohnen zu constituiren befehlen, die ein Landt Recht ex fundamentis verfasseten, dasselbe solte hernacher etzlichen Verständigen aus E. E. L.

*) Nicht abgesandt.

Mitteln zu übersehen vorgelegt, dann auch nochmahlen einer gantzen E. L. vorbracht und auf gemeinen Schluss und Ihrer fürstl. Dhlt. ratification beliebung undt bestätigung gestellet werden, welches Landt Recht hernacher im Nahmen fürstl. Dhlt. Männiglichen zur Nachrichtung in offenen Druck publiciret werden soll.

VII.

Der Herren Räthe Schreiben an fürstl. Durchl. wegen E. E. L. Reservat-Beschwer. (Juny 1594.)

Durchlauchtigster u. s. w.....

.....

Zu fassung eines Land Rechtens, welcher maassen wir erachten, solches bequemlich undt füglich geschehen möge, ist unser bedencken in dem formirten Abschied zu finden und achten zu diesem werck anfänglichen zu ordnen seiner Fürstl. Dht. gelehrte Räthe Melchior von Kreytzen, Albrecht von Schlubuth, D. Hieronimus Rhod undt D.J. Levinum Buchium, E. fürstl. Dht. Hoffgerichtsräthe undt Mag. Martinum Winter Professorn der Universität, welche in den Vacantiis undt extraordinariis horis das werck unter Handen nehmen, ein Landt Recht verfassen, darzu sie instruiret werden müssen; da nun E. fürstl. Dhlt. mit Unsern bedencken undt vorschlag einig, können Sie uns die Verordnung innhalts des abschieds befehlen, wollen wir darüber mit fleiss halten undt antreiben, dass das werck nunmehr zugleich gefertiget, Uns den anderen Räthen relation geschehen, solches hernacher einem Ausschuss E. E. L. vorgelegt undt endlichen einer gantzen Landschafft zu fernerem Nachdencken übergeben hernacher von E. fürstl. Dhlt. approbiret undt im Nahmen derselben in offentlichen Druck verfertiget werden möge.

c) Abfassung des Landrechts durch Levin Buchius bis zum Druck 1620.

Nach dem in diesem Schreiben aufgestellten Programm ist man im grossen und ganzen auch vorgegangen. Von den vorgeschlagenen „gelehrten Räthen" hat indessen nur Buchius, den man überhaupt als den Verfasser unseres Gesetzbuches allein in der Vorrede S. 4 genannt findet, sein Amt wirklich angetreten.

Seine Gehilfen waren nach Schweikart (ebenso Conrad a. a. O.) Dr. Michael Wilhelmi, Buchius' Schwiegersohn, ferner der Bürgermeister

im Löbenicht Mag. Hieronymus Behm, der Bürgermeister im Kneiphof Dr. Michael Friese und der Subinspektor der Alumnen Eberhard Huberin. Besonders merkwürdig erscheint es, dass die „Herren Räthe" neben Buchius und den anderen Juristen den Professor Mag. Martin Winter vorschlagen. Er war bis 1589 Professor der Poesie an der Königsberger Universität, von diesem Jahre an Professor der Dialektik. Übrigens starb er 1595.[7])

Georg Friedrich entsprach indessen den dringenden Bitten der Stände nicht sogleich. Der Abschied des Markgrafen vom 12. Juni 1594 (gedruckt) übergeht diesen Punkt völlig, da er von diesen Verhandlungen kaum vor dessen Abfassung Kunde haben konnte. Aber es findet sich, so weit ich sehe, auch kein weiteres Schreiben des Herzogs in den Landtagsakten von 1594. — Daher ist es wohl wahrscheinlich, dass erst die vom Landtage abgeordnete Gesandtschaft dem Fürsten das Anliegen der Stände nochmals unterbreitet habe. Die Landschaft sandte nämlich eine Kommission[8]) an Georg Friedrich, die ihm die Not des Landes im allgemeinen und zumal der „Landtschafft beschwerden mit gelegenheit vorzutragen" angewiesen war. Sie bestand aus folgenden Mitgliedern: Hans von Tettau, Friedrich von Hausen (Rittmeister), Albrecht von Schlubuth (Hofrat), Otto von der Gröben, Ambrosius Thomas (Ratsverwandter der Altenstadt Königsberg), Crispinus Beckschlager (Stadtschreiber zu Bartenstein). Die Instruktion für die Gesandtschaft findet sich auch in den Landtagsakten von 1594. Sie ist vom 9. Juni 1594 datiert und ziemlich allgemein gehalten; jedenfalls erwähnt sie des Landrechts nicht besonders.

Indessen ist wohl anzunehmen, dass die Kommission auch über diesen Punkt dem Markgrafen Vortrag gehalten hat. — Buchius erhielt aber erst „ „d. d. Uderwang(en) 3. November 1602 von den Regimentsräten auf Befehl des Markgrafen Georg Friedrich den Auftrag, „„einen Methodum zu bedencken und solchen vffs Papier zu bringen, nach welchem er vermeine, das allgemeine Werck des Landt Recht vffs beste, bestendigste, förmlichste vnd ehiste möchte zu verfassen (sein), angefangen und vollendet werden."" (Conrad a. a. O., S. 43.)

Im Jahre 1609 war erst der erste Teil im Entwurf fertig, nachdem sich der Landtag noch zweimal, 1606 und 1608, mit der Sache befasst hatte.

---

[7]) Arnoldt, Historie der Königsberger Universität II, S. 381.

[8]) Vergl. auch Hartknoch, Altes und neues Pr. II, VII. S. 596.

Die Landschaft überwies die Vorlage einer Kommission,[9]) die sich aus folgenden Männern zusammensetzte: Albrecht von Ostau, Preussischer Hofrichter; Hans von Falckenhan; Heinrich von Weinbeer, nach dessen Tode Michael Friese, beider Rechte Dr.; D. u. j. Christian Dörffer, sämtlich Hof- und Gerichtsräte — als Vertreter des Kurfürsten. Dazu trat nachträglich Friedrich Burggraf und Herr zu Dohna, damals Hauptmann zu Brandenburg, später Preussischer Hofmeister; Otto von der Gröben, Landrat und Landvogt zu Schacken; Hans Truchsess von Wetzhausen, damals Landrat und Vogt zu Fischhausen, später Oberburggraf zu Königsberg; Andreas von Creutzen, Landrat und Vogt zu Fischhausen; Martin von Wallenrodt, Landrat und Hauptmann zu Tapiau; Fabian Sack, Landrat, an dessen Stelle bald Baltzer Fuchs, Landrat und Hauptmann zu Oletzky trat — diese als Vertreter der Landräte. Ferner Georg von Schlubhut, für ihn später Georg von der Gröben als Vertreter des natangischen Kreises; Christoph von der Dehle als Vertreter des samländischen Kreises; Hans Venediger d. ält., Hohensteinischer Landrichter für den oberländischen Kreis; Michael Wilhelmi, j. u. Dr., Bürgermeister in der alten Stadt, „an welches Stelle, wegen seiner schwachheit Georg Langerfelt ein zeitlang auffgewartet"; Michael Friese, j. u. Dr., damals Bürgermeister im Kneiphof, an dessen Stelle später der Kneiphöfische Ratsverwandte Johannes Buchius trat; Hieronymus Behm, Bürgermeister im Löbenicht — diese für die drei Städte Königsberg; endlich Crispin Beckschlager, Ratsverwandter zu Bartenstein und Valentin Blumichen, Stadtschreiber zu Holland, an dessen Stelle später Antonius Rautenberg, Bürgermeister von Marienwerder, trat — als Vertreter der übrigen preussischen Städte.

Diese alle hat der Kurfürst, wie es in der Vorrede des Landrechts heisst, die Vorlage Buchius' „als sämptlich von allen Ständen Deputirte suppliren, vollends mit ihren decisionibus erörtern, vnd was noch daran gemangelt, ergentzen vnd also ultimam quasi manum imponiren lassen. Welche alle, wie obgedacht, solchs alles bestes fleisses erwogen vnd berathschlaget".

Die Veröffentlichung des Landrechts zögerte sich indes noch lange hinaus. Obwohl der König von Polen zweimal, 1609 und 1616 an den endlichen Abschluss der gesetzgeberischen Arbeiten erinnert hatte, wurde das Gesetzbuch erst auf dem Landtage 1619, als Buchius

---

[9]) Siehe Vorrede zum Landrecht von 1620.

selbst bereits 6 Jahre tot war, durch die Landschaft angenommen. 1620 erschien es im Druck. — Mit schuld an dieser Verzögerung war die Unzufriedenheit der Stände mit dem neuen Regiment. Sie sahen die eigenen Rechte arg geschmälert, als 1605 der Kurfürst von Brandenburg Joachim Friedrich Vormund Albrechts II. und Statthalter in Preussen wurde. Die Zänkereien zwischen dem Kurfürsten und den Ständen wollten kein Ende nehmen. Zumal war die Zulassung der Provokation an den König von Polen immer wieder der Gegenstand fruchtloser Erörterungen.[10]) Die Missstimmung wuchs, als Johann Sigismund gar 1613 zur reformierten Kirche übertrat. All das zog die Aufmerksamkeit von dem Gesetzeswerke ab und verzögerte dessen Vollendung.

Buchius hat neben dem deutschen auch den lateinischen Text des Landrechts, dessen es wegen der in gewissen Fällen gestatteten Appellation an die Krone Polen bedurfte, selbst verfasst. (Conrad a. a. O., S. 43.) Als er 1613 starb, galt es, die Redaktionen, die der deutsche Text in der Kommission erfahren, auf den lateinischen zu übertragen und diesen zu vollenden. Hierzu verpflichteten sich, wie Conrad nachgewiesen hat, d. d. Kbg. 2. Mai 1615 Bürgermeister Dr. Wilhelmi, der Ratsverwandte Johannes Buchius und Johannes Buchmann. — Wie Schweikart angibt, erschien der deutsche Text 1620 gleichzeitig in zwei Auflagen, in Königsberg und Rostock; die lateinische Ausgabe erschien 1623 in Rostock, soll aber, wie es gelegentlich heisst,[11]) den Sinn nicht immer treffen. Die Ausgaben Frankfurt 1624 und Rostock 1633 hält Conrad für Nachdrucke. — Über Levin Buchius selbst wissen wir wenig. Er wurde 1550 zu Verden in Sachsen geboren und studierte in Marburg, Wittenberg, Jena und Tübingen. Hier heiratete er und erwarb 1588 die juristische Doktorwürde. Im gleichen Jahre wurde er Hofgerichtsrat in Königsberg, leistete 1590 23. 12. den Amtseid, wurde 1593 daselbst Professor primarius und lehrte bis 1613; am 23. August dieses Jahres starb er. Ausser seinem Hauptwerk, dem preussischen Landrecht von 1620, schrieb er De jure feudorum, De praescriptionibus et usucapionibus, De pactis, De sequestratione.[12])

---

[10]) M. Meckelburg, Diss. hist. de Suris Pruss. orig. Cap. XXI.

[11]) Vergl. Hartknoch, Altes und Neues Preussen II, VII, S. 598.

[12]) Liliencron, Deutsche Biographie, und Arnoldt, Historie der Königsbergischen Universität, II, 241. G. Conrad, a. a. O. S. 44.

III. Teil.

Die Quellen des VI. Buches.

a) Allgemeines.

Was die Quellen für das VI. Buch des Landrechts von 1620 anlangt, so war es eine ziemlich langwierige Arbeit, sie aufzudecken und vor allem, sie im einzelnen nachzuweisen — eine Arbeit, bei der mir indessen manch gütiger Wink der Herren Professoren Geheimrat Dr. Güterbock und Dr. Kohlrausch sehr zu statten kam.

α) Carolina.

Ohne weiteres voraussetzen durfte man, dass die P.G.O. in ausgiebigstem Masse für unser Strafrecht von 1620 benutzt worden sei. Diese Vermutung hat sich vollauf bestätigt. Die Carolina tritt 77 mal als Quelle auf. Zumal für den prozessualen Teil, die ersten drei Titel, und den Titel V, der vom Totschlage handelt, ist sie erheblich benutzt worden, zumeist wörtlich. — Indessen ist von den allgemeinen Begriffen welche die P.G.O. bereits gebildet hat, kaum einer in das Landrecht von 1620 übergegangen. — Sehr bezeichnend für diese bedauerliche Tatsache ist das Verhältnis von L. R. VI, Tit. V, Art. 1, § 14 zu Carol. 178. Der genannte Artikel der Carolina handelt ganz allgemein vom Versuch: „Item so sich jemandt eyner Missethatt mit etlichen scheinlichen wercken, die zu volnbringung der missethatt dienstlich sein mögen, vndersteht ....“ u. s. w. Dagegen lautet der genannte Paragraph im Landrecht folgendermassen: „Es hassen die Kayserrechte die Todtschläger dermassen, dass sie auch den fürgesetzten willen des Todschlags eben so wol.....
zum heftigfsten straffen .....

Verordnen vnd wollen demnach, dass, so sich jemand einer Missethat mit scheinlichen wercken, die ....“ u. s. w., es folgt fast ganz wörtlich Artikel 178 der P.G.O[13].) Was also in der Karolina ein bedeutender weittragender Rechtsbegriff ist, wird im Landrecht zu einer engen Sondervorschrift für den Tötungsversuch herabgedrückt. Das Landrecht hat eine Scheu vor allgemeinen Begriffen, es scheint bereits eine leise Vorbereitung auf die Kasuistik des Allgem. preuss. Landrechts darzustellen. —

β) Damhouder.

Demnächst war Damhouders Praxis rerum criminalium, Antverpiae 1555, die ja Biener, wie oben gezeigt, als Quelle für unser Strafrecht, wenn auch nur in Spuren, entdeckt hat, in ihren Beziehungen zu dem Landrecht näher zu untersuchen. Damhouders Autorität war ausserordentlich verbreitet, und ein Gelehrter wie Buchius konnte beim Entwurfe eines neuen Strafrechts nicht gut an diesem Werke vorübergehn. Möglich ist es auch, dass an Abeggs Vermutung, dass die vielen Holländer, die damals in Königsberg als Handelsleute lebten, durch ihre Anwesenheit die Aufmerksamkeit auf dies holländische Buch gelenkt hätten, etwas Wahres enthält. Jedesfalls ist es den Verfassern des VI. Buches unseres Landrechts sehr gut bekannt gewesen, tritt es doch 82 mal als Quelle auf! Nicht nur für das Prozessrecht, wie Biener zu vermuten scheint, ist es benutzt, sondern in hervorragendem Masse auch für den materiellen Teil. —

γ) Chur-Pfältz. Landrecht 1582.

δ) Sächsische Konstitutionen 1572.

Ferner kamen als Quelle deutsche Rechte in Frage, die zu Ende des 16. Jahrhunderts entstanden sind. Das waren vor allem die Constitutiones Saxonicae von 1572, „Chur-Fürstl. Pfaltz Landtsordnung“ von 1582. Diese letztere findet sich 60 mal als Quelle unsres Landrechts, und zwar sowohl im prozessualen wie im materiellen Teil. Die Const. Sax., deren Pars Quarta, Criminalia überhaupt keine prozessualen Vorschriften enthält, tritt an 49 Stellen als Quelle für das VI. Buch unsres Landrechts auf — bei dem geringen Umfang dieses Gesetzes —

---

[13]) Vergl. Tabelle.

es umfasst in 43 Konstitutionen 28 kleine Quartseiten — eine erhebliche Anzahl.

Beide letztgenannten Quellen erscheinen häufig neben Damhouder in einem Paragraphen, ebenso nebeneinander. (Vergl. Tabelle.)

ε) Kulmisches Recht.

Auffallend ist es, dass das Kulmische Recht so gut wie gar nicht benutzt ist. Nur an drei Stellen habe ich es mit Sicherheit nachweisen können. — Ausserdem sind noch die Württemb. Landtsordnung von 1567 und die Preuss. Landtsordnung von 1577 benutzt worden.

Durch diese sieben Quellen sind 261 Paragraphen des VI. Buches des Landrechts von 1620 in ihren Quellen nachgewiesen. Der Rest, 31 Paragraphen, dürfte als Zusätze der Verfasser und der beratenden Kommission anzusprechen sein.

Kommt somit dem Gesetz grosse Selbständigkeit auch nicht zu, so ist doch der Fleiss, mit dem die verschiedenen Quellen durchgearbeitet und öfters mit einander verflochten sind, zu bewundern.

Die folgende Tabelle soll ersichtlich machen, welche Quellenstelle im einzelnen jedem § des Landrechts VI. zu Grunde liegt.

b) Tabellarische Zusammenstellung

der für das VI. Buch des Landrechts des Herzogtums Preussen von 1620 im einzelnen benutzten Quellen.

(Abkürzungen: Carol. = Karolina; Damh. = Damhouder, Praxis rerum crimin.; Chur. Pf. = Churpf. Landtsordn. von 1582; Const. Sax. = Sächs. Konstitut. von 1572, herausg. v. Breuning; Culm = Jus Culm. ex ult. rev.; Württemb. L.O. = Württembergische Landtsordnung von 1567; Preuss. L.O. = Preussische Landtsordnung von 1577.)

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
I	1	1	Damh.	cap. 1, § 1, 2, 3; 9—13
I	1	2	Damh.	cap. 2, § 1—3; 6

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
I	1	3	Damh.	cap. 3, § 1–6
I	1	4	Damh.	cap. 4, § 1
I	2	1	Damh.	cap. 5 § 1 u. 2
I	2	2		
I	2	3	Carol.	Art. LXXXVIII
I	2	4	Carol.	Art. XI
I	3	1	Damh.	cap. 6, § 6 u. 8
I	3	2		
I	4	1	Damh.	cap. 8, § 1—3; 14—16
I	4	2	Damh.	cap. 8, § 4 u. 6; 7, 8; 9, 10—13

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
I	4	3	Damh.	cap. 8, § 19—21; 24—25
I	5	1	Damh.	cap. 13, § 2—4; 6, 8
I	5	2	Damh.	cap. 15, § 1—5
I	5	3	Damh.	cap. 15, § 12—13; 17
I	5	4	Damh.	cap. 15, § 8 u. 20
I	5	5	Damh.	cap. 15, § 27 u. 30
I	6	1	Chur. Pf. Teil V	Tit. II, Abs. 2
I	6	2	Chur. Pf. Teil V	Tit. II, Abs. 3
I	6	3		
I	6	4	Damh.	cap. 16 u. 17

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
I	6	5	Damh.	cap. 16 u. 17
I	6	6	Chur. Pf. Teil V	Tit. II, Abs. 4 1. Hälfte (Schluss: Carol. Art. XI)
I	6	7	Chur. Pf. Teil V	Tit. II, Abs. 6—7
I	6	8	Chur. Pf. Teil V	Tit. II, Abs. 4, 2. Hälfte
I	6	9	Chur. Pf. Teil V	Tit. III, Abs. 1—3
I	6	10	Chur. Pf. Teil V	Tit. III, Abs. 5
I	6	11	Damh.	cap. 18, § 1—2
I	6	12	Damh.	cap. 18, § 4
I	6	13	Damh.	cap. 19, § 2
I	6	14	Damh.	cap. 19, § 13—15

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
I	7	1	Damh.	cap. 20, § 3—5; 8
I	7	2	Carol.	Art. XII
I	7	3	Carol.	Art. XIII
I	7	4	Carol.	Art. XIV
I	8	1		
I	9	1		
I	10	1	Damh.	cap. 31, § 1—3; 5
I	10	2	Damh.	cap. 32, § 1—2
II	1	1	Carol.	Art. VI
II	1	2	Damh.	cap. 35, § 2—3; 1

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
II	1	3	Damh.	cap. 35, § 4
II	1	4	Carol.	Art. XVI
II	2	1	Carol.	Art. VI Art. XIX
II	2	2	Culm V	Teil I, Tit. 16 cap. 2 (vergl. Carol. Art. 18)
II	2	3	Carol.	Art. XX
II	2	4	Carol.	Art. XXI
II	2	5	Carol.	Art. XXII
II	2	6	Carol.	Art. XXIII u. XXX
II	2	7	Carol.	Art. XXIV Art. XXV
II	2	8	Carol.	Art. XXVII—XXVIII

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
II	3	1	Carol.	Art. XXIX
II	3	2	Carol.	Art. XXXI
II	3	3		
II	3	4	Carol.	Art. XXXII
II	4	1	Carol.	Art. XXXIII Art. XLVIII
II	4	2	Carol.	Art. XXXIV
II	4	3	Carol.	Art. XXXV
II	4	4	Carol.	Art. XXXVII
II	4	5	Carol.	Art. XXXVIII Art. XXXIX
II	4	6	Carol.	Art. XL.

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
II	4	7	Carol.	Art. XLI. Art. LI
II	4	8	Carol.	Art. XLIII
II	4	9	Carol.	Art. XLIV u. LII
II	5	1	Carol.	Art. XLV Art. XLVI
II	5	2	Carol.	Art. XLVII
II	5	3		
II	5	4		
II	5	5	Carol	Art. LIII
II	5	6	Carol.	Art. LIV
II	5	7	Carol.	Art. LV

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
II	5	8	Carol.	Art. LVI
II	5	9	Carol.	Art. LVII
II	5	10	Carol.	Art. LVIII u. LIX
II	5	11	Chur. Pf. V	Tit. V, Abs. 5 u. 7
II	5	12	Damh.	cap. 37, § 12
II	5	13	Chur. Pf. V	Tit. V, Abs. 4 u. 6
II	5	14	Carol.	Art. LX
II	5	15	Carol.	Art. LXI
II	6	1	Damh.	cap. 38, § 1—2
II	6	2	Damh.	cap. 38, § 5

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
II	6	3	Damh.	cap. 38, § 12
II	6	4	Damh.	cap. 38, § 14
II	7	1	Anklänge an Damh.	cap. 41, § 1—6
II	7	2		
II	7	3		
II	8	1	Damh.	cap. 42, § 1—3
III	1	1	Carol.	Art. LXII
III	1	2	Chur. Pf. V	Tit. VII, Abs. 3—5
III	1	3	Damh.	cap. 49, § 1—3
III	2	1	Carol.	Art. LXIII—LXV

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
III	2	2	Carol.	Art. LXVI—LXVIII
III	2	3	Carol.	Art. LXX
III	2	4	Carol.	Art. LXXI
III	2	5	Carol.	Art. LXXII
III	3	1	Chur. Pf. V Carol.	Tit. VII, Abs. 1—2 Art. LXXIII
III	3	2	Chur. Pf. V	Tit. VI, Abs. 4
III	3	3	Chur. Pf. V	Tit. VII, Abs. 6
III	3	4	Carol.	Art. LXXXII
III	3	5	Carol.	Art. XCII und XCIV
III	3	6	Carol.	Art. XCIX

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
IV	1	1	Würtemb. Landsord. 1567	Tit. 139, Abs. 2 u. 3
IV	1	2	Chur. Pf. V Const. Sax. IV Würtemb. L.O.	Tit. VIII, Abs. 1—3 Const. 1 Tit. 139, § 4
IV	1	3	Preuss. L.O. 1577 Const. Sax. IV	cap. 3 const. 1
IV	1	4	Würtemb. L.O.	Tit. 139, § 19
IV	2	1	Const. Sax. IV	const. 2
IV	2	2	Const. Sax. IV	
IV	3	1	Chur. Pf. V Carol.	Tit. X, Abs. 1 Art. CVII
IV	4	1	Chur. Pf. V Carol.	Tit. XIV, Abs. 1 Art. CXXVII
IV	4	2	Chur. Pf. V	Tit. XIV, Abs. 2—3
IV	5	1	Carol.	Art. CXXIV

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
IV	6	1	Vermutlich Damh.	cap. 65, § 1—4
IV	6	2		
IV	6	3		
IV	6	4	Damh.	cap. 65, § 5
IV	7	1	Carol.	Art. CXXVIII
V	1	1	Chur. Pf. V	Tit. XVI, Abs. 1
V	1	2	Chur. Pf. V Damh.	Tit. XXIII cap. 70, § 14—16
V	1	3	Damh.	cap. 70, § 1—2
V	1	4	Damh.	cap. 72, § 1—4
V	1	5	Damh. Chur. Pf. V	cap. 86, § 1 Tit. XVII, Abs. 1

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
V	1	6	Const. Sax. IV	const. 13
V	1	7	Const. Sax. IV	const. 14
V	1	8	Const. Sax. IV	const. 15
V	1	9	Const. Sax. IV	const. 16
V	1	10	Damh. Chur. Pf. V	cap. 83, § 1—3 Tit. XVIII
V	1	11	Carol.	Art. CXXXVII
V	1	12	Const. Sax. IV	const. 7 (vergl. auch Chur. Pf. V, 25 u. Carol. 148)
V	1	13	Chur. Pf. V	Tit. XXVI
V	1	14	Carol.	Art. CLXXVIII
V	1	15	Anklänge an Carol. Damh.	Art. CXXXV cap. 88.

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
V	1	16	Const. Sax. IV.	const. 5
V	1	17	Const. Sax. IV	const. 6
V	1	18		
V	1	19	Chur. Pf. V	Tit. XXIV
V	1	20	Chur. Pf. V	Tit. XXVIII (vergl. Carol. 147)
V	1	21	Chur. Pf. V	Tit. XXIX (vergl. Carol. 149)
V	2	1	Anklang an (Strafe) Carol.	Art. CIX
V	2	2	Carol. Chur. Pf. V	Art. CXXX Tit. 19
V	2	3	Carol.	Art. CXXXIV
V	3	1	Damh.	cap. 87, § 1

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
V	3	2	Chur. Pf. V Const. Sax. IV	Tit. XX Abs. 1 const. 3, Abs. 3
V	3	3	Const. Sax. IV	const. 3 (vergl. Chur. Pf. Tit. 20, § 1)
V	3	4	Carol.	Art. CXXXI
V	3	5		
V	3	6	Const. Sax. IV	const. 4 (vergl. Carol. 133)
V	3	7	Chur. Pf. V	Tit. 22, § 1
V	3	8	Preuss. L. O. 1577	cap. 12
V	4	1	Anlehn an Damh.	cap. 84, § 1—3
V	4	2	Damh.	cap. 84, § 6
V	4	3	Damh.	cap. 84, § 8, 12, 10, 12—13

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
V	4	4	Damh.	cap. 84, § 22 u. 23
V	5	1	Carol.	Art. CXXXIX
V	5	2	Carol.	Art. CXL
V	5	3	Carol.	Art. CXLI
V	5	4	Carol.	Art. CXLIV
V	5	5	Carol.	Art. CXLV
V	5	6	Carol.	Art. CXLIII
V	5	7	Const. Sax. IV	const. 11
V	5	8	Const. Sax. IV	const. 12
V	5	9		

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
V	5	10	Damh.	cap. 80, § 1
V	5	11	Damh.	cap. 80, § 15
V	5	12		
V	6	1	Carol.	Art. CXLVI
V	6	2		
V	6	3		
V	7	1	Strafe aus Carol.	Art. CXXV
V	7	2	Const. Sax. IV	const. 17 u. 14
V	7	3	Chur. Pf. V	Tit. 64, § 2
V	8	1	Const. Sax. IV	const. 18 (vergl. Chur. Pf. V, Tit. 65)

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
VI	1	1	Const. Sax. IV	const. 19
VI	1	2	Const. Sax. IV	const. 19 (vergl. Preuss. L. O. cap. 11)
VI	1	3		
VI	1	4		
VI	1	5	Chur. Pf. V	Tit. XXXI
VI	1	6	Const. Sax. I	const. 21
VI	2	1	Const. Sax. IV	const. 28
VI	2	2	Const. Sax. IV	const. 27
VI	2	3	Carol.	Art. CXIX
VI	2	4	Const. Sax. IV Chur. Pf. V	const. 31 Tit. XXXVI, Ende

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
VI	2	5	Chur. Pf. V	Tit. XXXVII
VI	2	6	Const. Sax. IV	const. 26 (vergl. Chur. Pf. V, Tit. 39)
VI	2	7	Chur. Pf. V	Tit. XXXVIII (vergl. Const. Sax. IV, 25)
VI	3	1	Const. Sax. IV	const. 22 (vergl. Chur. Pf. V, Tit. 32)
VI	3	2	Const. Sax. IV	const. 23
VI	3	4	Const. Sax. IV	const. 24
VI	4	1	Const. Sax. IV	const. 29 (vergl. Chur. Pf. V, Tit. 41)
VI	4	2	Const. Sax. IV	const. 29 (vergl. Chur. Pf. V, Tit. 41)
VI	5	1	Strafe aus Carol.	Art. CXVI
VI	6	1	Chur. Pf. V	Tit. XXXIV, Abs. 1

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
VI	6	2	Chur. Pf. V	Tit. XXXIV, Abs. 2.
VI	6	3	Chur. Pf. V	Tit. XXXIV, Abs. 3—4
VI	6	4	Chur. Pf. V	Tit. XXXIV, Abs. 5—6.
VI	6	5	Chur. Pf. V	Tit. XXXIV, Abs. 7
VII	1	1	Damh.	cap. 110, § 7
VII	1	2	Const. Sax. IV Chur. Pf. V	const. 32. Tit. 43, Abs. 1
VII	1	3	Anlehnung an Chur. Pf. V	Tit. XLIII, Abs. 3
VII	1	4	Chur. Pf. V	Tit. XLIII, Abs. 4
VII	1	5	Chur. Pf. V	Tit. XLIII, Abs. 5
VII	1	6	Const. Sax. 4	const. 32

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
VII	1	7	Const. Sax. IV	const. 32
VII	1	8		
VII	2	1	Chur. Pf. V	Tit. XLIX
VII	2	2		
VII	3	1	Carol.	Art. CLXVI
VII	4	1	Anlehn. an Corp. iuris. Just.	25,2 l. 21 §§ 5, 21 D. rer. amotarum.
VII	4	2	Chur. Pf. V	Tit. LVI
VII	5	1	Const. Sax. IV	const. 39 (vergl. Chur. Pf. V, Tit. 61)
VII	5	2	Const. Sax. IV	const. 40
VII	6	1	Chur. Pf. V Carol.	Tit. XLVII Art. CLXXIV

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
VII	7	1	Const. Sax. IV	const. 34
VII	7	2		
VII	8	1	Damh. Chur. Pf. V	cap. 114, § 1 Tit. XLVI
VII	9	1	Const. Sax. IV	const. 37
VII	9	2	Chur. Pf. V	Tit. LIII, Abs. 1—2
VII	9	3		
VII	10	1	Const. Sax. IV	const. 36
VII	11	1	Const. Sax. IV	const. 35
VII	11	2		
VII	12	1	Anlehn. an Chur. Pf. V	Tit. LII

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
VII	13	1	Chur. Pf. V	Tit. LI
VII	14	1	Chur. Pf. V Const. Sax. IV	Tit. LVII, Abs. 1 const. 41
VII	14	2	Const. Sax. IV	const. 41
VII	14	3	Chur. Pf. V	Tit. LIX
VII	15	1	Chur. Pf. V	Tit. LXIII
VII	15	2		
VII	16	1		
VII	16	2	Chur. Pf. V	Tit. LXII, Abs. 1
VIII	1	1	Damh.	cap. 119
VIII	1	2	Damh.	cap. 121, § 4—6

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
VIII	1	3	Anlehn. an Damh.	cap. 123, § 10
VIII	1	4	Anlehn. an Damh.	cap. 122, § 1
VIII	1	5	Damh.	cap. 122, § 3; cap. 124, § 2 u. 12
VIII	1	6	Damh.	cap. 122, § 19—20
VIII	1	7	Damh.	cap. 120
VIII	1	8	Carol.	Art. CXV
VIII	1	9	Damh.	cap. 121, § 8
VIII	2	1	Carol.	Art. CXIII
VIII	3	1	Damh.	cap. 127, § 1—2
VIII	3	2	Damh.	cap. 127, § 4—6

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
VIII	3	3		
IX	1	1	Const. Sax. IV	const. 42
IX	1	2	Damh.	cap. 136, § 8
IX	1	3	Damh.	cap. 137, § 12—13
IX	1	4	Damh.	cap. 136, § 2—3
IX	1	5		
IX	1	6	Damh.	cap. 136, § 4—6
IX	1	7		
IX	1	8	Damh.	cap. 137, § 10
IX	1	9		

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
IX	1	10	Const. Sax. IV	const. 45
IX	1	11		
IX	2	1	Damh.	cap. 137, § 1, 6—9, 11
IX	2	2	Damh.	cap. 139
IX	2	3	Damh.	cap. 137, § 18 u. 17
IX	2	4	Const. Sax. IV	const. 43
IX	3	1	Carol.	Art. CX
IX	3	2	Chur. Pf.V	Tit. LXVII, Abs. 1—2
IX	3	3		
IX	4	1 bis 7	?	?

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
X	1	1 bis 2	?	?
X	1	3	Damh.	cap. 141, § 1—2
X	1	4	Damh.	cap. 141, § 1—4
X	1	5		
X	1	5	Anlehn. an Culm V, Teil II	Tit. VII, cap. 12
X	1	7		
X	2	1	Damh.	cap. 143, § 1
X	2	2	Formal Anlehn. an Damh.	cap. 143, § 2
X	3	1	Chur. Pf. V	Tit. LXVI, Abs. 1
X	3	3	Culm V Teil II	Tit. XIX, cap. 11

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
X	3	4	Culm V Teil II	Tit. XIX, cap. 10
X	4	1	Damh.	cap. 142, § 1
X	4	2	Damh.	cap. 142, § 2 u. 6
X	4	3	Damh.	cap. 142, § 3
X	4	4	Formal Anlehn. an Damh.	cap. 142, § 7, 8, 10
X	4	5		
X	4	6		
X	4	7	Zusatz der Deputierten	
XI	1	1	Anlehn. an Chur. Pf. V	Tit. LXX, Abs. 3
XI	1	2	Chur. Pf. V	Tit. LXX, Abs. 1—2

Landrecht Buch VI			Quelle	
Titel	Artikel	§	Titel des Werkes	Nähere Bezeichnung der Stelle
XI	2	1	Const. Sax. IV	const. 48
XI	3	1	Damh.	cap. 152, § 1 u. 4
XI	3	3	Chur. Pf. V	Tit. LXX, Abs. 4—5
XI	3	3		

c) Proben für die Übereinstimmungen.

Im folgenden biete ich eine Reihe von Proben für die Übereinstimmung des Landrechtstextes mit dem seiner Quellen. Ich habe mich bemüht, für jeden der verschiedenen Grade von Übereinstimmung ein Beispiel zu bieten.

Landrecht VI, Tit. 1, Art. 1, § 1—4.

§ 1.

ES ist zu merken, dass Misshandlunge zum theil gemein oder offentlich (latine publica genandt) zum theil privata vnd sonderbahr seynd.

Gemeine Misshandlunge seynd allhier verletzung der Göttlichen Mayestet, vnd der Obrigkeit, Ketzerey, Todtsschlag, Ehebruch, Falschgezeugnuss, Verfälschung an Brieffen, Siegel, Müntz etc. vnd

Damh. cap. 1. § 1—3, § 9—13.

Principio praemittendum et animaduertandum est, Criminum, alia esse publica et ordinaria: Alia publica et extraordinaria, et alia priuata.

Crimina publica et ordinaria sunt, ut crimen laesae Maiestatis, Haeresis, Simoniae, Adulterii, Homicidii, Falsi, et plurimorum, nec dissimilium, quae ex iudiciorum publicorum legibus sunt introducta.

andere dergleichen viel mehr, welche durch Gesetze vnd Ordnung Peinlicher Gerichte also seynd eingeführet worden, vnd seynd darumb gemein genandt, dass jedermenniglich vnder dem Volck, von wegen gemeiner Justitien, darwider zu klagen mag gebühren: Dieweil gemeiner Wolfahrt daran gelegen, auff dass die Delicta vnd Misshandlunge nicht ungestrafft bleiben.

Ex eo dicta publica, quod eorum executiones siue denunciationes, siue accusationes, cuilibet ex populo pro interesse iusticiae competant, quoniam ad publicam utilitatem spectat, uti saepiuscule allegatum est, ne crimina maneant impunita.

Dicuntur vero ordinaria .....

.....

Privata vnd sonderbahre Misshandlungen aber heissen, von welcher wegen einen insonderheit auff das jenig, daran ihm gelegen, klaget oder begehret, dass ihm der Missethat halben, so gegen ihm begangen, etwas gegeben oder zugeeignet werde, das ist, wann einer darfür auff eine Geldtstraffe klaget. Oder es werden auch darumb privata vnd sonderbahr genandt, dass ihre verfolgung, anbringen vnd klage nur allein den jenigen zustehet, welchen die Misshandlung begegnen, als Diebstall, Injurien vnd Schmähung, allerley zugefügter Schad, hinweg treibung Viehes, vnd andere derogleichen.

Porro priuata sunt, ob quae priuatim ad interesse nostrum agimus, nobisque aliquid dari aut applicari debere pro delicto in nos commisso petimus, id est, pecuniariter pro illis agimus. Aut dicuntur priuata, (cum?) eorum executiones et denunciationes siue accusationes ad illos tantum pertineant, quibus inferuntur, ut furtum iniuria, damnum, crimen abigeatus etc.

Ferner seynd gemelter Misshandlungen etliche Lebens verwircklich, welche die Leuthe vom Leben zum Todt bringen: Als von derentwegen der Todt, blutige Leibstraff, Publicatio oder Einziehung aller Haab vnd Güter oder ewige Verweisung vnd Verbannung auffgesetzt werden. Die andere seynd

Rursum, dictorum criminum alia sunt capitalia, quae ultimo supplico officiunt homines, veluti sunt ea, ob quae mors, poena sanguinis, confiscationis bonorum aut exilii infligitur. Caetera non capitalia, ex quibus pecuniaria, aut in corpus aliqua coërtio, poena est.

nicht Lebens verwircklich, durch welche etwa eine Geldstraff, oder eine züchtigung am Leib zur straff gebraucht wird.

§ 2.

Gleich wie Misshandlung in vorigen § in zweyerley art abgetheilt, also seynd auch die Gerichte in Peinlichen Sachen von einander abgesondert: Dann derselben werden etliche recht Peinlich, vnd etliche nur allein Bürgerlich angestellet. Peinliche fürgenommene Gerichte in Peinlichen Sachen seynd die jenige, in welchen von einer Lebens verwircklichen Misshandlunge, vnd straffe an Leib vnd Leben, als etwa von Enthaubten, Hencken, Verbrennen, Stumlen, oder Glieder abhawens, von ewiger Verbannunge oder sonst einer jeden andern schweren Leibstraff gehandelt wird. Aber die Bürgerliche angestellte Peinliche Gerichte seynd die jenige, in welchen nicht von Lebens verwircklicher Misshandlunge, sondern allein auff eine Geldtbusse, oder sonst ein andere Bürgerliche Straffe gehandelt wird. Vnd heist demnach auch Peinlich vnd criminaliter gehandelt, wann begehrt wird, dass die Straff, so auss der Verwirckung herfleust, dem Fiscal oder gantze Gemeinschafft werde zugewendet. Wann aber die Straff der klagenden Partheyen wird appliciret vnd zuge-

Damh. cap. 2, § 1—3; 6.

Quemadmodum Crimina ipsa paulo ante duplici genere distinximus: ita iudicia quoque criminalia, bifaria ratione seiunximus. Sunt enim criminalium iudiciorum alia criminaliter intentata, alia ciuiliter intentata. Iudicia criminalia criminaliter intentata sunt, in quibus tractatur de crimine capitali, siue poena ultimi supplicii: nempe decollationis, suspendii, incendii, mutilationis aut amputationis membri, sectionis, exilii at alterius cuiuscumque magnae corporalis punitionis. Iudicia vero criminalia, ciuiliter intentata sunt, in quibus non agitur de capitali crimine, sed de mulcta dumtaxat, hoc est emenda pecuniaria, aliaue ciuili animaduersione simili. .....

.....

Quod criminaliter agi dicitur, quando poena postulatur applicari Fisco, vel communitati, proueniens ex delicto. Quando autem applicatur parti, dicitur agi ciuiliter.

wendet, so heist mans civiliter vnd Bürgerlich gehandelt.

L. R. VI, Tit. I, Art. 5.

§ 4.

Uber begangenem muthwillige Todtschlage, Frawen oder Jungfrawen schänden, Rauberey, Ehebruch vnd dergleichen hochbeschwerlichen grewlichen Misshandlungen kan oder soll den Ubelthäter weder Kirch noch Kirchhoff in einigerley weise sicherlich befreyen, oder beschützen, vnd mögen derhalben solche offenbare Missthäter nicht vnbillig von dannen genommen oder gerissen werden. Wann aber sonst ein Befehlhaber, ausserhalb obgedachter fälle, ein Persohn, die sich ehrlich halt, ohne erhebliche vrsache angreifft, thut er derselben nicht eine geringe schmach, vnd wird derhalben straffellig. Wo aber auch die Obrigkeit oder Richtere, ohne solche vorhergehende genugsame rechtmessige Ursachen, jemands gefänglich annehmen vnd anhalten würden, mögen sie alsdann vmb Injuri von dem Beleidigten beklagt werden.

Damh. cap. 15, § 20 u. § 8.

§ 20.

De homicidio de raptu virginum, idque genus grauioribus siue atrocioribus criminibus nullum templum, nullum coemeterium, maleficum ulla libertate tuto donare potest: quamobrem non iniuria illinc abstrahi possunt.

§ 8.

Officiarius iustitialis, qui aliquem legalem legeve dignum prehendit proprio arbitrio, quouis tempore nulla urgente causa, siue (ut vulgo dicitur) ex vento, capto haud mediocrem facit iniuriam, imo ignominiam irrectractabilem atque ea de causa punitioni subiacet nequaquam mediocri.

L. R. VI, Tit. I, Art. 6.

§ 1.

Dieweil die Gefengnussen, vermöge der einhelligen Rechtlehrer, nicht zur Straffe, sondern allein zur verwahrung verdächtigen vnd

Chur. Pf. Theil V, Tit. II,

Abs. 2.

In dieweil die Gefängnussen, vermög der einhelligen Rechts Lehr, nicht zur Straff, sondern allein zur Verwahrung der Ver-

anderer Ubelthäter angestelet vnd verordnet: Auch sich offt begibt, dass mancher redlicher Mann, oder auch Weibes Persohnen, vnverschulter sachen, allein verdachts halben, in Gefengnuss kombt: Derowegen ordnen vnd wollen wir, dass die Gefengnussen, Tehmnitzen vnd Behalter jedes orts rein vnd lufftig gehalten, durch die dazu verordnete Personen zu rechter zeit, vnd offt von allem Vnzieffer, gestanck vnd vnrath geseubert werden sollen, damit die Gefangenen nicht in Kranckheit fallen, schaden nehmen oder verderben, vnd also vrsach gewinnen, da sie für das peinliche Gericht geführet vnd angeklagt, die schwere der Gefengnuss anzuziehen: Dannenhero milterung der ordentlichen Straff (wie zwar etliche mahl bisshero geschehen vnd erhalten worden) zu bitten vnd zu erlangen, vnd also der wolverdienten ordentlichen Straff zu entgehen.

L. R. VI, Tit. I, Art. 7.

§ 2.

So bald dann nun der Angeklagt zu Gefengnuss angenommen ist, soll der Ankläger, da er nicht genugsam possessionirt, oder sein Gewaldhaber mit seinem Leib verwahret werden, biss er mit Bürgen,

dächtigen, vnd anderer Ubelthäter angestellt, vnd verordnet, Auch sich offt begibt, dass mancher redlicher Mann, oder auch Weibsperson, unverschuldter Sachen, allein verdachts halben, ins Gefängnuss kömpt, Setzen ordnen vnd wöllen wir, dass die Gefängnussen vnd Behälter jedes Orts, deren keins vber Manns tieff vnter die Erden hinfüro gebauwet, rein vnd lüfftig gehalten, durch die dazu verordnete Personen zu rechter Zeit, vnd offt, von allem Unzieffer, Gestanck vnd Unraht geseubert werden sollen, damit die Gefangenen nicht in Krankheit fallen, Schaden nemmen, oder verderben, vnd also Ursach gewinnen, da sie für das peinlich Gericht geführt, vnd angeklagt, die schwere der Gefengnuss anzuziehen, dannen hero Milterung der ordentlichen Straff (wie zwar etlich mal bisshero beschehen vnd erhalten worden) zu bitten, vnd zu erlangen, vnd also der wol verdienter ordentlichen Straff zu entgehen.

Carol. Art. XII.

Item so bald der angeklagt zu gefengknuss angenommen ist, soll der anklager oder sein gewalthaber, mit seinem leib verwart werden, biss er mit bürgen, Caution, bestandt vnd sicherung die der richter

Caution, Bestandt vnd Sicherung, die der Richter nach gelegenheit der Sachen, vnd achtung beyder Persohn für genugsam erkandt, gethan hat, wie hernach folgt: Vnd nemlich also, dass er der Ankläger, wo er die Peinliche Rechtfertigung nicht aussführen, oder dem Rechten verfolgen würde, vnd die geklagte Missethat, oder aber redlich und genugsame anzeigung vnd vermutung derselben, in zimlicher zeit, die ihm der Richter setzen würde, nicht dermassen bewiess, dass der Richter vnd Gerichte oder der mehrerteil auss ihnen für genugsam erkandt, oder sonst im Rechten fällig würde, Alsdann den Kosten, so darauff gangen ist, auch dem Beklagten, vmb seine zugefügte schmach vnd Schaden abtrag thun wölle, alles nach billiger rechtlicher erkandtnuss. Vnd damit derselbe gefangen Beklagter seiner erlitten Kosten, schmahe vnd schaden desto aussträglicher vnd fürderlicher Ergetzung vnd Abtrag erlangen möge: So soll zu seinem gefallen vnd willen stehen, den Peinlichen Ankläger, vor desselben Anklagers ordentlichem Richter, oder dem Peinlichen Gericht, dafür sich die Gerichtliche vbung vnd Rechtfertigung erhalten hat, vmb solchen Kosten, Schmach vnd Schaden rechtlich fürzunehmen, darin auch summarie, vnd ohne zierligkeit mit sampt vier schöpffen nach gelegenheyt der sachen vnnd achtung beyder personen, für genugsam erkent, gethan hat, wie hernach volgt. Vnd nemlich also, dass er der ankläger, wo er die peinliche rechtfertigung nit auss füren, oder dem rechten verfolgen würd, vnd die geklagten missthat, oder aber redlich vnnd genugsam anzeygung vnnd vermutung der selben inn zimlicher zeit, die jm der richter setzen würde, nit dermassen bewiess, dass der richter vnd gericht, oder der merertheyl auss jnen für gnugsam erkanten oder sunst imm rechten fellig würde, alssdann den kosten, so darauff gangen ist, auch dem beklagten, vmb sein zugefügte schmache vnnd schaden abtrag thun wölle, alles nach burgerlicher rechtlicher erkantnuss. Vnd damit der selbig gefangen beklagt, seiner erlitten kosten, schmehe vnnd scheden dester ausstreglicher vnd fürderlicher ergetzung vnd abtrag erlangen möge, So soll zu seinem gefallen vnd willen stehn, den peinlichen ankläger vor dess selben anklägers ordenlichen richter, oder dem peinlichen gericht darfür sich die gerichtlich übung vnd rechtfertigung erhalten hat, vmb solchen Kosten schmehe vnd scheden, rechtlich fürzunemen, darum auch summarie vnd on zierlicheyt des rechtlichen process, procedirt, gehandelt, vnd die vrtheyl, one weither ap-

anderer Ubelthäter angestelet vnd verordnet: Auch sich offt begibt, dass mancher redlicher Mann, oder auch Weibes Personen, vnverschulter sachen, allein verdachts halben, in Gefengnuss kombt: Derowegen ordnen vnd wollen wir, dass die Gefengnussen, Tehmnitzen vnd Behalter jedes orts rein vnd lufftig gehalten, durch die dazu verordnete Personen zu rechter zeit, vnd offt von allem Vnzieffer, gestanck vnd vnrath geseubert werden sollen, damit die Gefangenen nicht in Kranckheit fallen, schaden nehmen oder verderben, vnd also vrsach gewinnen, da sie für das peinliche Gericht geführet vnd angeklagt, die schwere der Gefengnuss anzuziehen: Dannenhero milterung der ordentlichen Straff (wie zwar etliche mahl bisshero geschehen vnd erhalten worden) zu bitten vnd zu erlangen, vnd also der wolverdienten ordentlichen Straff zu entgehen.

L. R. VI, Tit. I, Art. 7.

§ 2.

So bald dann nun der Angeklagt zu Gefengnuss angenommen ist, soll der Ankläger, da er nicht genugsam possessionirt, oder sein Gewaldhaber mit seinem Leib verwahret werden, biss er mit Bürgen,

dächtigen, vnd anderer Ubelthäter angestellt, vnd verordnet, Auch sich offt begibt, dass mancher redlicher Mann, oder auch Weibsperson, unverschuldter Sachen, allein verdachts halben, ins Gefängnuss kömpt, Setzen ordnen vnd wöllen wir, dass die Gefängnussen vnd Behälter jedes Orts, deren keins vber Manns tieff vnter die Erden hinfüro gebauwet, rein vnd lüfftig gehalten, durch die dazu verordnete Personen zu rechter Zeit, vnd offt, von allem Unzieffer, Gestanck vnd Unraht geseubert werden sollen, damit die Gefangenen nicht in Krankheit fallen, Schaden nemmen, oder verderben, vnd also Ursach gewinnen, da sie für das peinlich Gericht geführt, vnd angeklagt, die schwere der Gefengnuss anzuziehen, dannenhero Milterung der ordentlichen Straff (wie zwar etlich mal bisshero beschehen vnd erhalten worden) zu bitten, vnd zu erlangen, vnd also der wol verdienter ordentlichen Straff zu entgehen.

Carol. Art. XII.

Item so bald der angeklagt zu gefengknuss angenommen ist, soll der anklager oder sein gewalthaber, mit seinem leib verwart werden, biss er mit bürgen, Caution, bestandt vnd sicherung die der richter

Caution, Bestandt vnd Sicherung, die der Richter nach gelegenheit der Sachen, vnd achtung beyder Persohn für genugsam erkandt, gethan hat, wie hernach folgt: Vnd nemlich also, dass er der Ankläger, wo er die Peinliche Rechtfertigung nicht aussführen, oder dem Rechten verfolgen würde, vnd die geklagte Missethat, oder aber redlich und genugsame anzeigung vnd vermutung derselben, in zimlicher zeit, die ihm der Richter setzen würde, nicht dermassen bewiess, dass der Richter vnd Gerichte oder der mehrerteil auss ihnen für genugsam erkandt, oder sonst im Rechten fällig würde, Alsdann den Kosten, so darauff gangen ist, auch dem Beklagten, vmb seine zugefügte schmach vnd Schaden abtrag thun wölle, alles nach billiger rechtlicher erkandtnuss. Vnd damit derselbe gefangen Beklagter seiner erlitten Kosten, schmahe vnd schaden desto aussträglicher vnd fürderlicher Ergetzung vnd Abtrag erlangen möge: So soll zu seinem gefallen vnd willen stehen, den Peinlichen Ankläger, vor desselben Anklagers ordentlichem Richter, oder dem Peinlichen Gericht, dafür sich die Gerichtliche vbung vnd Rechtfertigung erhalten hat, vmb solchen Kosten, Schmach vnd Schaden rechtlich fürzunehmen, darin auch summarie, vnd ohne zierligkeit mit sampt vier schöpffen nach gelegenheyt der sachen vnnd achtung beyder personen, für genugsam erkent, gethan hat, wie hernach volgt. Vnd nemlich also, dass er der ankläger, wo er die peinliche rechtfertigung nit auss füren, oder dem rechten verfolgen würd, vnd die geklagten missthat, oder aber redlich vnnd genugsam anzeygung vnnd vermutung der selben inn zimlicher zeit, die jm der richter setzen würde, nit dermassen bewiess, dass der richter vnd gericht, oder der merertheyl auss jnen für gnugsam erkanten oder sunst imm rechten fellig würde, alssdann den kosten, so darauff gangen ist, auch dem beklagten, vmb sein zugefügte schmache vnnd schaden abtrag thun wölle, alles nach burgerlicher rechtlicher erkantnuss. Vnd damit der selbig gefangen beklagt, seiner erlitten kosten, schmehe vnnd scheden dester ausstreglicher vnd fürderlicher ergetzung vnd abtrag erlangen möge, So soll zu seinem gefallen vnd willen stehn, den peinlichen ankläger vor dess selben anklägers ordenlichen richter, oder dem peinlichen gericht darfür sich die gerichtlich übung vnd rechtfertigung erhalten hat, vmb solchen Kosten schmehe vnd scheden, rechtlich fürzunemen, darum auch summarie vnd on zierlicheyt des rechtlichen process, procedirt, gehandelt, vnd die vrtheyl, one weither ap-

des Rechtlichen Process procediret, gehandelt, exquiret vnd vollnzogen werden. Dardurch doch demselben Peinlichen Gericht ausserhalb dieser fälle, vnd weiter dann es vor gehabt, kein Bürgerlicher Gerichtszwang vnd Erkändtnuss zuwachsen soll.

L. R. Tit. VI, Art. II.

§ 2.

Gleicher gestaldt ordnen vnd wollen wir, dass auch die, so sich vnterstehen, auss des Teuffels Kunst wahr zu sagen: Oder mit dem Teuffel durch Christallen, oder in andere wege gesprech, oder dergleichen gemeinschafft zu halten, vnd sich von jhme geschehener oder zukünfftiger ding bericht vnd erforschung zu erholen, mit dem Schwerd vom Leben sollen gericht vnd gestrafft werden.

L. R. VI, Tit. V, Art. 1.

§ 5.

Mordt oder Latrocinium ist eine art des Todtschlags, jedoch aber viel schädlicher vnd hefftiger dann ein gemeiner Todtschlag, auch der Missethat halben, von anderen Todtschlägen weit vnterschieden. Demnach wir den jenigen Todtschlag einen Mordt nennen, dardurch man heimduckischer verstolener weiss jemand mit gewaldt beraubet, vnd am Raube vnersettigt jhm noch darzu das Leben nimbt:

pellation vnd suchung volnzogen werden, dardurch doch dem selben peinlichen gericht ausserhalb diser felle, vnnd weither dann es vor gehabt, keyn burgerlicher gerichtzwang, vnd erkandtnuss zuwachsen soll.

Const. Sax. IV.

const. II. Abs. 4.

Desgleichen ordnen, setzen und constituiren Wir, dass auch die, so sich unterstehen, aus des Teuffels-Kunst wahrzusagen , oder mit dem Teufel, durch Chrystallen, oder in andere Wege Gespräch oder dergleichen Gemeinschafft zu halten, und sich von ihm beschehener oder zukünftiger Dinge Bericht und Erforschung zu erhohlen, mit dem Schwerdt vom Leben sollen gerichtet und gestrafet werden.

Damh. cap. 86.

§ 1.

Species item homicidii est latrocinium, homicidio tamen multo nocentius, grauius et multo quidem dictis homicidiis scelere differentius. Quandoquidem latrocinium vocamus illud homicidium, quo aliquem latenter et furtim per vim spoliant; et spolii nequaquam contenti, insuper occidunt, aut saltem animo occidendi aggrediuntur extra viam publicam, in syluis aliisque locis semotis a conspectu populi: vel

Oder ja zum wenigsten jnner vnd ausserhalb gemeiner Strasse, in Wälden oder andern von Leuten abgelegenen orten, jemand auss fürsatz zuentleiben anfelt. So ist auch ein Mordt, wann jemand einen hinderlistiger verborgener gestaldt, Meuchlischer weise vnd von hinden vmzubringen, oder einen bey finsterer Nacht stillschweigend, vnd nicht mit anreden, dass er sich wehren solle, mordlichen vberfallen, verwunden oder entleiben thete. Derowegen so einer (wie jetzt gedacht) fürsetzlicher weise einen berauben, verwunden oder ermorden würde, den soll man Rädern: Vnd da solches offt vnd mehr dann einmahl begangen: Wollen wir, dass die Straff gegen demselbigen gescherfft, vnd vber die ordentliche Straffe des Rades, auch das schleuffen oder greiffen mit glüenden Zangen erkandt werden möge. Von diesen aber seynd etlicher massen vnterschieden die Räuber, so zwar Leuthe beplundern, aber niemands vmbs Leben bringen: Vnd soll demnach ein solcher bösshafftiger vberwundener Rauber mit dem Schwerd amm Leben gestrafft werden.

latrocinium est, aliquem subdole, occulte, et non aperto Marte, a tergo occidere, vel aliquem occidere in noctis silentio tacite, et non loquendo, vel indicando ut sese defenderet.

Chur. Pf. V.
Tit. XVII.

So aber einer fürsetzlicher Weiss einen aussspehen berauben vnd ermorden würde, den soll man rädern, vnd da er solches offt, vnd mehr dann ein mal begangen, wöllen wir, dass die Straff gegen demselbigen geschärpfft, vnd vber die ordentliche Straff des Radts auch das Schleiffen oder Greiffen mit glüenden Zwangen erkandt werden möge.

L. R. VI, Tit. X, Art. 3.

§ 3.

Es soll auch niemand seinem negsten zu schaden das Wasser in den Teichen stewen, noch in den

Culm V, II. Th., 19. Tit.

cap. XI.

Niemand soll seinem Nächsten zu Schaden das Wasser in den Teichen stauen, noch in den Schleu-

Schleusen auffhalten, oder in vngewöhnlichen zeiten lauffen lassen: Dann so jemand hierüber thete, der soll den verursachten schaden zu erstatten schüldig seyn: Vnd nichts destoweniger von wegen des geübten Muthwillens von der verordneten Obrigkeit des orts mit einer ernsten, jedoch willkürlichen straffe beleget werden.

sen aufhalten, oder in verbothenen Zeiten lassen lauffen. So jemand hierüber thäte, der soll den verursachten Schaden zu erstatten schuldig seyn, und nichts destoweniger des geübten Muthwillens wegen, der verordneten Obrigkeit des Orts seine willkührliche Gewette bestanden seyn.

Die hier gebotenen Proben sind durchaus typisch für die Art der Übereinstimmung zwischen dem VI. Buch unseres Landrechts und seinen Quellen; daneben finden sich auch einige Stellen, wo keine wörtliche, aber immerhin so deutliche Übereinstimmung des Sinnes vorliegt, dass, wie in der Tabelle geschehen, mit Sicherheit eine Anlehnung behauptet werden darf.

Ein irgendwie systematisches Vorgehen in der Benutzung der verschiedenen Quellen hat sich nicht nachweisen lassen. Häufig ist der Deliktstatbestand und allgemeinere Erörterungen aus Damhouders Werk, die Strafe und der eigentliche Gesetzesbefehl aus einem der deutschen Gesetze entlehnt.

Anhang.

Charakteristik des preussischen Strafrechts von 1620.

Wie die meisten deutschen Rechtsbücher, die nach der Karolina und unter ihrem Einflusse entstanden, sich als fast wörtliche, häufig gedankenlose Abschriften dieses oder anderer Gesetze darstellen und jedesfalls die Spuren systematischen Durchdenkens oder gar Verarbeitens des Stoffes völlig vermissen lassen, so lehnt sich auch das VI. Buch des Landrechts des Herzogtums Preussen von 1620 im allgemeinen

bedingungslos an seine Vorbilder an; es schöpft zum allergrössesten Teile wörtlich aus anderen Gesetzen. Wenn ihm sonach auch eine grosse innere Selbständigkeit nicht zuzusprechen ist, so ist es dennoch mehr, als ein „Ragout aus andrer Schmaus", als eine blosse Kompilation.

Unser Gesetz beschränkt sich nicht auf eine lockere Aneinanderreihung von Bestimmungen, wie sie in vielen zeitgenössischen Gesetzbüchern sich findet, sondern es versucht in zusammenhängender Darstellung die einzelnen Rechtsgedanken und Rechtsbefehle zu einander in Beziehung zu setzen, zu begründen und zu erklären. So gewinnt das Gesetzbuch äusserlich mehr die Form eines Lehrbuches des Strafrechts als eines Strafgesetzes. — Das Vorbild für diese Art der Darstellung dürfte Damhouders Praxis rerum criminalium abgegeben haben.

Das Ganze lässt eine erstaunliche Gründlichkeit seines Verfassers erkennen. Wenn auch selten neue und eigene Gedanken auftreten, so zeigt doch die Art, in der sich oft in einem Paragraphen verschiedene Quellen mischen, wie sorgfältig Buchius seine Quellen prüfte, wie er bestrebt war, das Beste zu behalten und zu verwerten — und nicht zuletzt, wie trefflich er dies sein Quellenmaterial beherrschte.

Ob die dozierende Breite der Darstellung für ein Gesetzbuch geeignet ist, darf füglich bezweifelt werden. Oft wird ein Satz, der in der Quelle kurz und knapp und eindeutig dasteht, durch ganz überflüssige erläuternde Zusätze „erklärt" und erscheint dadurch nur unübersichtlich und dunkel. — Ein etwas krampfhaftes Streben nach Deutlichkeit beherrscht das ganze Werk und führt häufig in dem sehr richtigen Gefühl, dass die deutsche Sprache die Prägung knapper eindeutiger Begriffe eben noch nicht leicht mache, zu jenem Zuviel, das Lektüre und Verständnis so erschwert. Das lebhafte S t r e b e n nach Klarheit, und zwar systematischer Klarheit, ist indes nirgends zu verkennen und für unser Gesetzbuch geradezu charakteristisch.

Wie formell das Streben nach Eindeutigkeit und systematischer Geschlossenheit, so ist inhaltlich die Tendenz, milde und menschlich zu sein (zumal im Verhältnis zur P.G.O.) für das Landrecht bezeichnend.

So häufig Buchius die Karolina im prozessrechtlichen Teil benutzt hat — im materiellen erscheint sie selten als Quelle und vielfach gemildert.

Endlich ist für unser Strafrecht von 1620 bezeichnend der völlige Mangel an allgemeinen strafrechtlichen Begriffen. „Beihilfe", „Versuch", Begriffe, welche die Karolina bereits ganz allgemein aufgestellt

Strafrechtliche Abhandlungen,

begründet von Professor **Dr. Hans Bennecke,**

unter Mitwirkung der Herren: Prof. Dr. **Allfeld,** Erlangen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Bar,** Göttingen, Prof. Dr. **Ernst Beling,** Tübingen, Geh. Hofrat Prof. Dr. **Birkmeyer,** München, Prof. Dr. **van Calker,** Strassburg, Prof. Dr. **Finger,** Halle, Prof. Dr. **Frank,** Tübingen, Prof. Dr. **Freudenthal,** Frankfurt a. M., Geh. Justizrat Prof. Dr. **Gretener,** Breslau, Prof. Dr. **Günther,** Giessen, Prof. Dr. **Hegler,** Tübingen, Prof. Dr. **Heimberger,** Bonn, Prof. Dr. **von Hippel,** Göttingen, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kahl,** Berlin, Prof. Dr. **Kleinfeller,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Kohler,** Berlin, Prof. Dr. **Kohlrausch,** Königsberg, Prof. Dr. **Liepmann,** Kiel, Geh. Justizrat Prof. Dr. **von Liszt,** Berlin, Geh. Justizrat Prof. Dr. **Lœning,** Jena, Prof. Dr. **M. E. Mayer,** Strassburg Prof. Dr. **Mittermaier,** Giessen, Prof. Dr. **Oetker,** Würzburg, Professor Dr. **Rosenfeld,** Münster, Geh. Hofrat Prof. Dr. **R. Schmidt,** Freiburg, Prof. Dr. **Träger,** Marburg, Geh. Rat Prof. Dr. **v. Ullmann,** München, Prof. Dr. **Wachenfeld,** Rostock, Prof. Dr. **Weismann,** Greifswald,

herausgegeben von

Dr. von Lilienthal,

Geh. Hofrat, ord. Professor an der Universität Heidelberg.

Heft 90.

Versuch und Vorbereitung.

Auf der Grundlage des deutschen und französischen Strafrechts.

Von

Dr. Robert Redslob,

Referendar in Strassburg.

BRESLAU 1908.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Versuch und Vorbereitung.

Auf der Grundlage des deutschen und französischen Strafrechts.

Von
Dr. Robert Redslob,
Referendar in Strassburg.

1852

BRESLAU 1908.
SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG
(Franck & Weigert)
Inhaber: A. Kurtze.

Zum Druck empfohlen von
Prof. Dr. F. v. Calker, Strassburg.

Druck von M. Jacob in Wüstegiersdorf.

Herrn Professor Dr. Fritz van Calker

in Strassburg

als Zeichen der Verehrung und Dankbarkeit

gewidmet.

Inhalt.

Seite.

Einleitung.

§ 1. 1. Das Problem. 1

§ 2. 2. Die Geschichte der Gesetzgebung. 10

Die Grenze von Versuch und Vorbereitung.

§ 3. α. Die Gesetzesauslegung. 16

β. Die freie wissenschaftliche Konstruktion.

A. Die bisherigen Deduktionen aus einem besonderen Versuchsprinzip.

I. Die individuellen Theorien.

1. Die Definition durch ein kondizionales Verhältnis zwischen Betätigung und Erfolg.

§ 4. a. Der Versuch als Ursache des Erfolges. 27

§ 5. b. Der Versuch als Grund des Erfolges. 31

§ 6. c. Der Versuch als bewegte Bedingung des Erfolges. . . 36

2. Die Definition durch ein zeitliches Verhältnis zwischen Betätigung und Erfolg.

§ 7. a. Der Versuch als letzte Betätigung. 43

§ 8. b. Der Versuch als kontinuierlich mit dem Erfolg zusammenhängende Betätigung. 51

3. Die Definition durch ein logisches Verhältnis zwischen Betätigung und Erfolgswillen.

§ 9. Die Lehre vom dolus ex re. 53

II. Die generellen Theorien.

§ 10. 1. Der Versuch als konstitutiver Deliktsbestandteil. . . 68

§ 11. 2. Der Versuch als generelle Erfolgsbedingung. . . . 76

§ 12. 3. Der Versuch als Träger einer Gefahr. 82

Seite.

B. Die eigene Deduktion aus einem allgemeinen Rechtsprinzip.

I. Stammlers System vom richtigen Recht. . .

§ 13. 1. Das Prinzip des sozialen Ideals. 96

§ 14. 2. Die abgeleiteten Prinzipien. 100

II. van Calkers System von den ethischen Werten im Recht. . . . . .

§ 15. 1. Das Prinzip der Vervollkommnung. 109

§ 16. 2. Die abgeleiteten Prinzipien. 112

III. Das eigene System. . . . . .

§ 17. 1. Die Konstruktion des Prinzips vom sozialen Ideal. . . 118

§ 18. 2. Die abgeleiteten Prinzipien. 125

§ 19. 3. Die Anwendung auf das geltende Recht. 140

Literatur.

1. Deutsches Recht.

a) Lehrbücher und Kommentare. Motive und Materialien.

Binding. Die Normen und ihre Uebertretung. 1890, 1877.
Beseler. Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preuß. Staaten. 1851.
Finger. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1904.
Frank. Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1903.
Hälschner. Das gemeine deutsche Strafrecht. 1881.
v. Holtzendorff. Handbuch des deutschen Strafrechts. 1871—1877.
v. Liszt. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1905.
Merkel. Lehrbuch des Strafrechts. 1889.
Olshausen. Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 1900.
Wachenfeld. Das Reichsstrafrecht in Holtzendorff-Kohlers Enzyklopädie. 1904.

Goldammer. Die Materialien zum St G.B. für die preußischen Staaten. 1851
Motive zum Entwurf eines St.G.B. für den Norddeutschen Bund. 1869.

b) Monographien.

v. Bar. Zur Lehre von Versuch und Teilnahme am Verbrechen. 1859.
Bauke. Rechtswissenschaftliche Untersuchungen. 1897.
Buenger. Ueber Vorstellung und Wille als Elemente der subjektiven Verschuldung, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. VI (1886) p. 291.
v. Buri. Zur Lehre vom Versuche. Gerichtssaal XIX. (1867) p. 60 ff.
— Ueber das Wesen des Versuchs.
— Goldammers Archiv, XXV (1877) p. 265 ff.
van Calker. Strafrecht und Ethik. 1897.
— Vergeltungsidee und Zweckgedanke im System der Freiheitsstrafen. Blätter für Gefängniskunde XXXIII (1899) p. 85 ff.
— Politik als Wissenschaft 1899.
— Gutachten für den 26. deutschen Juristentag. Verhandlungen II (1902) p. 237 ff.
— Ethische Werte im Strafrecht, 1904.
Baumgarten. Die Lehre vom Versuche des Verbrechens. 1888.
Birkmeyer. Die Lehre von der Teilnahme. 1890.

Birkmeyer. Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang, 1885, Gerichtssaal, XXXVII. p. 257 ff.
Chop. Ueber die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch eines Verbrechens. 1861.
Cohn. Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen. 1880.
— Die Grundsätze über den Tatbestand der Verbrechen und der heutige Gattungsbegriff des Versuchs. 1889.
Cohen. Die Vorbereitung von strafbaren Handlungen nach den Strafgesetzen des deutschen Reichs. 1894.
Delaquis. Der untaugliche Versuch. Berliner Seminarabhdlgn. III. 1904.
Eisenmann. Die Grenzen des strafbaren Versuchs, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. XIII (1893) p. 454 ff.
Geyer. Erörterungen.
Kleinere Schriften.
Hepp. Versuche über einzelne Lehren der Strafrechtswissenschaft, 1827. p. 256 ff.
Horn. Der Versuch, Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. XX (1900) p. 300 ff.
Klee. Wille und Erfolg in der Versuchslehre, (Belings Abhdlgn. Heft XIV) 1898.
Kleinfeller. In der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung XLIV (1903) p. 232 ff.
Kohler. Studien aus dem Strafrecht, Bd. I.
Köstlin. System des deutschen Strafrechts. 1855.
v. Kries. Ueber den Begriff der objektiven Möglichkeit. 1888. Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie, Bd. XII.
Krug. Die Lehre vom Versuche. 1855.
Lammasch. Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuches. 1879.
E. v. Liszt. In der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. XXV. p. 24 ff.
Luden. Ueber den Versuch des Verbrechens nach gemeinem deutschen Recht, Abhandlungen, Bd. I, 1836.
M. E. Mayer. Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht. 1901.
H. Meyer. Ueber den Anfang der Ausführung. 1892.
Mittermaier. Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen. Neues Archiv des Kriminalrechts I. p. 163 ff. II. p. 602 ff. IV. p. 1 ff.
Netter. Das Prinzip der Vervollkommnung als Grundlage der Strafrechtsreform (Diss.) 1900.
Oetker. Der Versuch und die schweizerischen Strafgesetzentwürfe. Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtsw. XVII. (1897) p. 53 ff.
Schwarze. In seiner Darstellung des Strafrechts in Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts. 1871—1877.
Stammler. Die Lehre vom richtigen Recht. 1902.
v. Sterneck. Zur Lehre vom Versuch der Verbrechen. 1901.
Träger. Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht. 1904.
Zachariae. Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. 1. und 2. Bd. 1836 und 1839.
— Von dem Versuche der Verbrechen. In Goldammers Archiv III (1855 p. 162 und 289. V (1857) p. 577.

2. Französisches Recht.

a) Lehrbücher und Kommentare.

Dalloz. Répertoire de Législation de doctrime et de jurisprudence. Tome 42. 1861.
— Supplément au répertoire de législation, de doctrime et de jurisprudence. Tome XVII. 1896.
Bertauld. Cours de code pénal. 1873.
Boitard. Leçons de droit criminel. 1876.
Chauveau-Hélie. Théorie du code pénal. 1887—1888.
Garçon. Code Pénal annoté. 1901.
Garraud. Traité théorique et pratique de droit pénal. 1888—94.
Haus. Principes généraux du droit pénal belge 1879.
Molinier. Traité théorique et pratique de droit pénal.
Ortolan. Eléments du droit pénal. I. 1886.
Trebutien. Cours élémentaire de droit criminel. 1878.
Villey. Précis d'un cours de droit criminel. 1877.

b) Monographien.

Champcommunal. Etude critique de législation comparée sur la tentative (Revue critique de législ. et de jurisp. t. LXII. 1895.
Gallet. La notion de la tentative punissable. (Thèse). 1898.
Lacointa. De la tentative. Revue critique de législ. et de jurisp. t. XIX (1861).
— De la tentative et du méfait manqué. Rev. crit. t. XXIII. (1863).
Roux. De la tentative. Bulletin de l'Un. Intern. de dr. pénal. t. VI 1897. p. 340 et s.

Grimm. Wörterbuch der deutschen Sprache.
Larousse. Grand dictionnaire universel du XIXe siecle.
Lipps. Grundzüge der Logik. 1893.
John Stuart Mill. System der deductive und inductiven Logik. Uebersetzt von Gompertz. 1885.
Schopenhauer. Die Welt als Wille und Vorstellung. 3. Aufl. 1859.
— Ueber die vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde. 2. Aufl. 1847.
— Die Freiheit des Willens in den beiden Grundproblemen der Ethik. 2. Aufl. 1860.

Einleitung.

§ 1.

1. Das Problem.

Das Strafgesetz, betrachtet nach seiner historisch gegebenen Natur, im heutigen Entwicklungsstadium, knüpft seine Pönalsanction nur an solche Tatbestände, die einen äußeren, d. i. körperlichen Zustand von Menschen in sich begreifen — mag dieser Zustand durch Veränderung eintreten oder ein beharrender sein; und weiter, dieser körperliche Zustand muß eine bestimmte Eigenschaft aufweisen, wenn er dem Strafgesetz als erreichbar gelten soll: er muß ein gewollter sein. — Nun ist es hier nicht der Ort, die höchst schwierige Frage zu lösen, welches das Wesen der Beziehung zwischen Willen und körperlichem Zustande ist[1]); es genügt zunächst, daß wir auf die wenn gleich dunkle Erkenntnis verweisen, welche die Erfahrung von der Verknüpfung dieser beiden Elemente bietet. — Wir können demnach, wenn wir den gewollten körperlichen Zustand als äußere Willensbetätigung oder als Willensbetätigung[2]) i. e. S. bezeichnen, zusammenfassend den Satz aufstellen: Die strafrechtliche Norm setzt eine Willensbetätigung[3]) voraus.[4])

Ist damit ein generelles Merkmal der kriminellen Tatbestände gegeben, so können die speziellen Merkmale in der mannigfachsten

[1]) s. z. B. Schopenhauer, Welt als Wille, Kap. 119—120.

[2]) Im Verlauf der Darstellung wird auch kurzweg der Begriff der Betätigung im selben Sinne gebraucht.

[3]) Aus der Herleitung dieses Begriffes folgt, daß er sowohl das Tun als das Unterlassen in sich begreift. In meiner zit. Dissertation p. 15 ff. glaube ich nämlich bewiesen zu haben, daß ein Tun mit einer durch Veränderung eintretenden Betätigung, ein Unterlassen mit einer beharrenden Betätigung identisch ist.

[4]) s. z. B. v. Liszt p. 122.

Weise ausgestaltet werden. Doch auch hier ist eine Unterscheidung in zwei Gattungen von Tatbeständen denkbar, jenachdem die Willensbetätigung — völlig oder zum Teil — durch ihre Folgen oder ausschließlich durch andere Momente charakterisiert wird. Im ersten Fall wird der Tatbestand durch eine Willensbetätigung beliebiger oder bestimmter Qualität erfüllt, welche Bedingung eines bestimmten Erfolges ist, im zweiten Fall hingegen durch eine Willensbetätigung von gegebenen Eigenschaften ohne Rücksicht auf einen von ihr bedingten Erfolg. Die Delikte erster Art können wir als Erfolgsdelikte, diejenigen zweiter Art als Betätigungsdelikte bezeichnen.[1]) Unter jene fällt z. B. die Tötung, — welche in einer Willensbetätigung besteht, die den Tod eines Menschen zur Folge hat; für die Delikte zweiter Art finde ich in den mir bekannten Gesetzgebungen kein Beispiel; dies hindert aber nicht, daß solche Delikte denkbar sind.[2])

---

[1]) Ich gebe dieser Terminologie vor derjenigen den Vorzug, welche meiner Dissertation — s. dort p. 1 — zugrunde liegt und welche zwischen Delikten durch qualifizierte und Delikten durch reine Betätigung unterscheidet.

[2]) In meiner Dissertation p. 1 habe ich den Verstoß gegen das polizeiliche Gebot des Raupens (§ 368 z. 1 St.G.B.) als Beispiel für ein reines Betätigungsdelikt angeführt, aber mit Unrecht; denn es handelt sich auch hier um ein Erfolgsdelikt: Der Erfolg nämlich, der nicht herbeigeführt werden darf, besteht darin, daß zu einer durch Verordnung festgesetzten Zeit sich noch Raupen an den Weinstöcken befinden, und die strafbare Willensbetätigung ist dadurch charakterisiert, daß sie diesen Erfolg nicht verhindert, also Bedingung für sein Zustandekommen ist. Vergl. auch meine Dissertation p. 18—19.

Die Fälle nun, in denen das Gesetz eine Willensbetätigung als solche unter Strafe stellt, werden naturgemäß sehr selten sein. Denn das Strafrecht ist seinem Wesen nach in ganz überwiegendem Maße an den Folgen interessiert, die eine Willensbetätigung nach sich zieht. Dies schließt indes nicht aus, daß die Bestrafung einer Willensbetätigung als solchen möglich erscheint, wenn diese die Gefahr einer rechtsfeindlichen Wirkung mit sich bringt. Wenn also v. Liszt aufstellt, daß zu jedem Verbrechen ein Erfolg gehöre, — p. 123 — so ist er nur im Recht, wenn er diesen Satz aus den positiv geltenden Gesetzen, nicht aber dann, wenn er ihn aus dem Wesen des Verbrechens deduzieren will.

Obwohl nun die Delikte durch reine Betätigung gegenüber den Erfolgsdelikten nur eine verschwindend geringe Bedeutung haben, so erforderte doch das systematische Bedürfnis die Scheidung dieser Gattungen, weil die Verbrechensform des Versuchs, welche uns hier beschäftigen wird, ihrem Begriffe gemäß nur bei den Erfolgsdelikten, nicht aber bei den Betätigungsdelikten in die Erscheinung treten kann, — wie wir sofort zeigen werden.

Bei der Definition dieser beiden Delikts-Gattungen haben wir den Begriff eines Verhältnisses zwischen Bedingung und Erfolg verwertet. Dieser Begriff bedarf einer kurzen Erläuterung: Wenn wir die Objekte unseres Bewußtseins als Zustände bezeichnen, so besteht ein Bedingungsverhältnis zwischen zwei Zuständen dann, wenn der eine niemals eintritt, ohne daß ihm der andere vorausgeht. Der frühere Zustand heißt die Bedingung, der spätere der Erfolg. Lediglich diese Beziehung höchst einfacher Art ist durch jenen Begriff eines Bedingungsverhältnisses bezeichnet.[1]) Beispiele von Bedingungsverhältnissen kommen uns so häufig zum Bewußtsein, daß wir die Kenntnis dieser Zusammenhänge aus der Erfahrung voraussetzen können.

Betrachten wir den Tatbestand des Erfolgsdeliktes näher. Dieser Tatbestand enthält eine Willensbetätigung, die einen rechtsfeindlichen Erfolg bedingt, — wie oben S. 2 gezeigt ist —. Bei der Betrachtung dieses Tatbestandes drängt sich nun sofort die Frage auf, wie derjenige Fall zu behandeln ist, wo eine Betätigung mit dem Willen gesetzt wird, durch sie einen rechtsfeindlichen Erfolg zu bedingen, wo aber dieser rechtsfeindliche Erfolg in Wirklichkeit nicht eintritt. — Um gleich eine feste Terminologie zu gewinnen, können wir eine Betätigung, die gewollt ist als Bedingung eines Erfolgs, mit dem Begriff der Handlung, und in dem Fall, wo der willensgemäße Erfolg sich nicht verwirklicht, mit dem Begriff der verfehlten Handlung bezeichnen. — Und so lautet jetzt die Frage: Soll bei den verfehlten Handlungen mit rechtsfeindlichem Willen überhaupt Strafe eintreten? — Weiter: Soll die Strafe sich auf die Gesamtheit oder nur auf einen bestimmten Umkreis dieser verfehlten Handlungen erstrecken, und welches ist dieser Umkreis?

Die strafbaren Fälle der verfehlten Handlungen mit rechtsfeindlichem Willen werden wir unter dem Begriffe des Versuchs zusammenfassen, indem wir also diesen Begriff in einer technischen Bedeutung auffassen, in welcher er lediglich den kriminellen im Gegensatz zu dem rechtlich gleichgiltigen Versuch bedeutet.[2])

[1]) Namentlich werden durch die Aufstellung dieses Begriffs die komplizierten Fragen über die Relation zwischen Ursache und Wirkung nicht berührt. Vgl. auch meine Dissertation. p. 2—3.

[2]) Für diejenige Betätigung, die wir als verfehlte Handlung bezeichnen, wird in der Literatur häufig der Begriff des Versuchs — in einem weiteren Sinne —

Wie sich aus der Definition der verfehlten Handlung ergibt, kann man eine konkrete Handlung häufig sowohl als eine gelungene, wie als eine verfehlte bezeichnen, je nach demjenigen unter mehreren willensgemäßen Erfolgen, den man betrachtet. Ob hingegen eine Handlung einen Versuch oder ein vollendetes Delikt darstellt, ist niemals Sache willkürlicher Auffassung, sondern folgt mit Sicherheit aus dem positiven Recht: Denn wie sich aus der Herleitung des Versuchsbegriffes ergibt, ist eine kriminelle Handlung dann ein Versuch, wenn sie selbst wieder eine fehlgeschlagene kriminelle Handlung darstellt, m. a. W.: wenn einer ihrer willensgemäßen Erfolge ausbleibt, bei dessen Eintritt wieder ein anderes kriminelles Delikt zustande käme. Diese Charakterisierung des Versuchs können wir mit einem Schlagwort dahin zusammenfassen, daß es ein versuchtes ohne ein vollendetes Delikt nicht geben kann.[1]) Und dieses Abhängigkeitsverhältnis führt uns dazu, das versuchte Delikt als eine sekundäre Bildung, als eine

---

gebraucht, z. B. bei v. Liszt, p. 201, No. 2: „Versuchtes Verbrechen ist die auf Verwirklichung sämtlicher Tatbestandsmerkmale gerichtete, diese Verwirklichung aber nicht erreichende Willensbetätigung.“ Im wesentlichen übereinstimmend Schwarze, l. c. p. 270–271; Krug, l. c. p. 1; Zachariae, l. c. p. 165; Gallet, l. c. Introduction, p. IX–X. („tentative“). — Klee, l. c. p. 2. Weil aber das deutsche Strafgesetzbuch den Begriff des Versuchs allein auf die strafbaren Fälle derjenigen Handlungen anwendet, die wir als die verfehlten bezeichnen [§ 43], so empfiehlt es sich, den Begriff des Versuchs nicht in einer andern als der gesetzlichen Bedeutung zu gebrauchen. Zudem ist der Begriff des Versuchs im Sinne einer verfehlten Handlung überhaupt eine durchaus willkürliche Schöpfung, weil er auch mit dem Versuchsbegriff nach allgemeinem Sprachgebrauch nicht übereinstimmt — s. p. 3 ff. — und deshalb die Gefahr einer Verwirrung in sich trägt.

Die bei Hepp l. c. p. 261. vertretene Definition des Versuchs ist der im Text gegebenen Begriffsbestimmung verwandt. „Der Versuch, mit welchem wir es in der Strafrechtswissenschaft zu tun haben, ist ein ganz anderer Begriff“ — nämlich als derjenige, den der allgemeine Sprachgebrauch kennt —. „Dieser wird nämlich durch den Gegensatz des vollendeten Verbrechens charakterisiert. So kennt ihn auch die Moral oder das Sittengesetz. Mithin bezieht er sich lediglich auf gute und schlechte Handlungen der Menschen. Alle übrigen Bedeutungen des Worts sind gänzlich ausgeschlossen und unbrauchbar.“ — Die gleiche Terminologie wie im Texte findet sich bei Hälschner, l. c. p. 331 ff.; Finger, l. c. p. 294 ff. Merkel, l. c. p. 117 ff.

[1]) Mit Recht erklärt daher Krug l. c. p. 3, Anm. 7. Versuch und Vollendung für relative Begriffe; im gleichen Sinne Merkel, l. c. p. 119. Abw. Zachariae l. c. Bd. I, p. 166.

Variation des vollendeten Deliktes aufzufassen oder Versuch und Vollendung als Begehungsformen eines Grunddeliktes vorzustellen.

Ob also eine verfehlte Handlung diejenigen Merkmale besitzt, durche welche sie zum Versuch wird, bestimmt sich einzig aus dem positiven Recht: Das Gesetz muß einmal die verfehlte Handlung selbst und dann auch die ihr entsprechende gelungene Handlung für strafbar erklären.

Dieser technische Versuchsbegriff weicht von dem vulgären Versuchsbegriff ab. Denn wie der gemeine Sprachgebrauch sofort erweist, bezeichnet der Versuch im vulgären Sinne eine Willensbetätigung, verbunden mit dem Wollen eines Erfolges, unter der Voraussetzung, daß der Eintritt des Erfolgs dem Täter ungewiß bleibt, mithin noch den Gegenstand seiner Erwartung bildet.[1]) So sprechen wir von einem Tötungsversuch schon in dem Moment, wo der Schütze den Pfeil abdrückt, wo der Giftmischer die Speisen einem andern vorsetzt, ohne daß wir den wirklichen Erfolg dieser Handlungen kennen. Eben durch das Merkmal der Ungewißheit über den Erfolg unterscheidet sich der Versuch im vulgären Sinne von dem kriminellen Versuch. Denn zum Begriff des kriminellen Versuchs ist der Nicht-Eintritt des rechtsfeindlichen Erfolges vorausgesetzt; wenn nämlich der Erfolg sich verwirklicht, so tritt die gesetzliche Strafe des vollendeten Erfolgsdeliktes ein, und das frühere Stadium der Entwickelung, in welchem der Ausgang noch ungewiß war, verliert jedes strafrechtliche Interesse.

Wenn der gemeine Sprachgebrauch beim Versuch die Ungewißheit über den Eintritt des Erfolges voraussetzt, so folgt daraus, daß eine Willensbetätigung dann nicht als Versuch im vulgären Sinne bezeichnet werden kann, wenn der Täter zum Eintritt des Erfolges noch eine weitere Willensbetätigung für erforderlich erachtet. Denn alsdann gilt ihm der Nicht-Eintritt des Erfolges im Moment der ersten Willensbetätigung bei den gegebenen Zuständen noch als sicher, und die geforderte Ungewißheit fehlt. So sprechen wir noch von keinem Tötungsversuch, wenn der Schütze zielt oder der Giftmischer mit der Zubereitung des Giftes beschäftigt ist. Ob hingegen

[1]) Dieser Sprachgebrauch kann auch dann Platz greifen, wenn der Ausgang dem Handelnden bekannt geworden ist, der Betrachtende aber davon abstrahiert und sich durch eine Fiction in das Stadium der Ungewißheit des Täters zurückversetzt.

eine solche Willensbetätigung einen kriminellen Versuch darstellen kann, werden die späteren Untersuchungen lehren.

Nach Erledigung dieser terminologischen Fragen treten wir nun dem Probleme näher, ob überhaupt und in welchen Grenzen die verfehlten Handlungen mit rechtsfeindlichem Willen strafbar sind.

Da ergibt sich zunächst folgendes: Die uns zugänglichen Gesetzgebungen alter und neuer Zeit geben mit mehr oder minder Deutlichkeit zu erkennen, ob sie im Gebiet aller oder nur im Gebiet gewisser Delikte Versuchshandlungen unter Strafe stellen, — mögen sie im übrigen den Versuch abstrakt als die Begehungsform einer Gattung von Delikten definieren oder konkret in selbständigen Deliktstatbeständen verkörpern. Und wenn vielleicht bei dieser Frage in einzelnen Gesetzbüchern die Interpretation Schwierigkeiten begegnet, so ist doch die hier einsetzende Arbeit der Gesetzesauslegung so überwiegend formeller Natur und deshalb innerhalb der einzelnen Rechtsbücher so verschieden, daß sie ein allgemeines wissenschaftliches Interesse nicht in Anspruch nehmen kann.

Demgemäß verengt sich unser Problem und lautet nun folgendermaßen: Umfaßt der kriminelle Versuch — falls er als Begehungsform von Delikten in einer Gesetzgebung anerkannt ist — eine jede oder nur eine gewisse Art und alsdann welche Art von verfehlten Handlungen?

Die Schwierigkeit, auf welche dieses Problem uns führt, zeigt sich sofort. Es gibt gewisse verfehlte Handlungen, bei denen die Willensbetätigung mit dem Erfolg in einem so entfernten[1]) Bedingungszusammenhang[2]) steht, daß sich der Zweifel aufdrängt, ob dieser Zusammenhang rechtlich relevant ist.

---

[1]) Dieser bildliche und sehr unbestimmte Ausdruck ist mit Absicht gewählt, weil jede präzisere Bestimmung desjenigen Zusammenhangs, dessen rechtliche Erheblichkeit fraglich erscheint, schon jetzt eine Annäherung an die eine oder die andere der feindlichen Lehren bedeuten würde, welche in der verschiedenartigsten Weise den rechtlich erheblichen von dem rechtlich unerheblichen Zusammenhang zu scheiden versuchen — Beseler spricht an der u. p. 40 zitierten Stelle von einem „ungewissen Zusammenhang."

[2]) Man kann von einem Bedingungszusammenhang zwischen zwei Zuständen auch dann sprechen, wenn sich der eine als Erfolg des andern in concreto nicht verwirklicht hat. Es ist dann lediglich an die ideelle gesetzmäßige Beziehung beider Momente gedacht unabhängig von ihrer Erfüllung in einem reellen Fall.

Und hier müssen wir wieder zwei Arten der verfehlten Handlungen unterscheiden, weil sie uns auf eine verschiedene Charakterisierung des Zusammenhangs zwischen Willensbetätigung und Erfolg hinführen. Der Grund dafür, daß der Erfolg nicht eingetreten ist, kann von einem objektiven Standpunkt der Betrachtung aus entweder darin liegen, daß die gesetzte Willensbetätigung nicht Bedingung des Erfolges war, oder darin, daß eine andere Bedingung des Erfolges fehlte. Innerhalb dieser zweiten Alternative kann nun folgender Sonderfall ausgezeichnet werden: Das außerhalb der Willensbetätigung fehlende kondizionale Moment kann selbst wieder eine spätere Willensbetätigung sein; anders gesagt, es ist in diesem Fall der Erfolg verfehlt worden, weil zu der ersten nicht eine weitere Willensbetätigung hinzukam. Ist der Nicht-Eintritt des Erfolges aus diesem letzten, speziellen Grunde zu erklären, so sprechen wir von einer nichtbeendigten, ist er aber auf irgend einen andern Grund — mag dieser unter die erste oder die zweite der genannten Alternativen fallen — zurückzuführen, so sprechen wir von einer beendigten verfehlten Handlung,[1]) weil eben hier die zum Erfolg nötige Mitwirkung der menschlichen Aktion abgeschlossen ist, dort aber nicht. Wir können auch, wenn wir den Grund ausdrücken wollen, aus welchem der Erfolg verfehlt ist, zwischen unterbrochenen und untauglichen Handlungen[2]) unterscheiden, indem zwar in jedem Falle der verfehlten Handlung die Willensbetätigung an sich oder in Verbindung mit den übrigen Zuständen untauglich ist, den Erfolg herbeizuführen, aber in dem Fall der nicht beendigten Handlung gerade aus dem besondern Grunde, weil sie nicht fortgesetzt, sondern unterbrochen ist —. In der französischen Wissenschaft wird dieselbe Sonderung durchgeführt, indem das délit tenté, — besser „tentative[3]) suspendue," — dem „délit manqué" gegenübergestellt wird.[4])

[1]) In der Literatur findet sich oft die Bezeichnung „beendeter und nichtbeendeter Versuch." Hier wird dann der Begriff des Versuchs in seinem weiteren Sinne genommen, den wir nicht adoptiert haben, s. p. 3, Anm. 2.

[2]) Was wir untaugliche Handlung nennen, wird in der Wissenschaft gewöhnlich als untauglicher Versuch bezeichnet, s. z. B. v. Liszt, p. 207 ff. Frank, Anm. II zu § 43. Bei diesem Begriff ist aber an den Versuch in seinem weiteren Sinne gedacht, und deshalb vermeiden wir diesen Begriff, s. o. p. 3, Anm. 2.

[3]) s. Anm. 2 dieser Seite.

[4]) Stehen wir auf dem Standpunkte des Determinismus und nehmen wir demgemäß an, daß die Entstehung einer Willensbetätigung dem Gesetz der Kausalität,

Es ist nun klar, daß manche verfehlte Handlung, je nach dem Standpunkt, auf den man sich stellt, sowohl als unterbrochene wie auch als untaugliche wird aufgefaßt werden können. Ob diese doppelte Möglichkeit vorliegt, wird davon abhängen, ob eine Ergänzung der unzulänglichen Erfolgsbedingungen sowohl durch eine Willensbetätigung als auch durch eine Veränderung anderer Art denkbar ist. So hat derjenige, der in mörderischer Absicht handelnd, durch einen ersten Schuß sein Opfer nur verwundet und an der Abgabe eines zweiten Schusses gehindert wird, nach der einen Auffassung seinen Erfolg deshalb nicht erreicht, weil er nicht zum zweiten Male schoß, und nach der andern deshalb, weil er schlecht zielte. In diesen doppelseitigen Fällen wird die Versuchsstrafe dann eintreten, wenn sie sich wenigstens nach einer von den beiden Konstruktionen, gleichgiltig welcher, rechtfertigen läßt, das heißt, wenn wenigstens nach einer von den beiden der Bedingungszusammenhang kein zu entfernter ist.

Den beiden verschiedenen Erklärungsweisen, welche der Nicht-Eintritt des Erfolges bei den untauglichen und den unterbrochenen Handlungen findet, entsprechen nämlich zwei verschiedene Grundlagen für die Auffassung des Bedingungszusammenhangs zwischen Willensbetätigung und Erfolg als eines nahen oder entfernten. Stets beruht ja die Vorstellung eines Bedingungszusammenhangs als eines entfernten darauf, daß verhältnismäßig wichtige[1]) Bedingungen des

ebenso wie jede Veränderung in der Außenwelt, unterworfen sei, so betrachten wir in beiden Fällen der verfehlten Handlung den Nicht-Eintritt des Erfolges als eine naturgesetzliche Notwendigkeit. Teilen wir hingegen die indeterministische Auffassung, nach welcher das Zustandekommen einer Willensbetätigung dem Gesetz der Kausalität entrückt und in die freie Wahl des Menschen im Sinn einer Unabhängigkeit von Naturgesetzen gestellt ist, so ergibt sich dieses: Es erscheint uns der Nicht-Eintritt des Erfolges bei der unterbrochenen Handlung, — vorausgesetzt, daß die erforderliche Willensbetätigung nicht physisch unmöglich wird —, als begründet in der „freien Wahl“ des Handelnden, womit eben nichts anderes bezeichnet wird, als der Mangel eines zureichenden Grundes bei dem Zustandekommen seiner Willensbetätigung; und im Gegensatz hierzu erscheint uns der Nicht-Eintritt des Erfolges bei der untauglichen Handlung als unabhängig von der freien Wahl des Täters, wenigstens seit dem Moment der Handlung, auf welchen es bei unserer Betrachtung allein ankommt.

[1]) Auch dieser Ausdruck ist bildlich und völlig unbestimmt aufzufassen. Der Gedanke eines entfernten Bedingungszusammenhangs ist uns zunächst nur eine dunkle Vorstellung, die erst später, wenn wir in den Streit der Meinungen eintreten, ihre Klärung erhalten soll.

Erfolges erkennbar nicht vorhanden sind. Der Unterschied ist aber der, daß ein entfernter Bedingungszusammenhang bei der unterbrochenen Handlung deshalb angenommen wird, weil eigene Willensbetätigungen des Handelnden, bei der untauglichen Handlung hingegen deshalb, weil Zustände anderer Art vermißt werden, welche als wichtige Bedingungen erscheinen.

Durch die Einteilung der verfehlten Handlungen in untaugliche und unterbrochene Handlungen löst sich das aufgestellte Problem, — ob nämlich der kriminelle Versuch eine jede oder nur eine gewisse Art von verfehlten Handlungen umfaßt, — in zwei Teilprobleme, deren eines sich auf die untauglichen und deren anderes sich auf die unterbrochenen Handlungen bezieht. Das erste geht dahin, welches Gebiet der untauglichen, das zweite geht dahin, welches Gebiet der unterbrochenen Handlungen durch den kriminellen Versuch eingeschlossen wird. Das letztere dieser beiden Teilprobleme soll den Gegenstand unserer Abhandlung bilden.

Die Berechtigung zur gesonderten Behandlung beider Fragen ergibt sich daraus, daß die Möglichkeit ihrer gemeinsamen Lösung aus gleichen Prinzipien nicht feststeht. Diese Möglichkeit kann sich vielmehr erst ergeben, wenn beide Fragen einzeln vertieft sind. Zunächst aber darf sie bezweifelt werden, weil die gesamte hier maßgebende Litteratur des vorigen Jahrhunderts stets getrennte Lösungen für beide Fragen aus verschiedenen Prinzipien gegeben hat.

Das Problem, welches wir nunmehr behandeln, muß aber noch verengt werden: Es ist möglich, daß eine Gesetzgebung bei einzelnen Delikten besondere Grenzen zwischen Versuch und strafloser unterbrochener Handlung zieht, welche nicht bei anderen Delikten gelten.[1]) Die Untersuchung solcher singulaerer Versuchsbegriffe würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten, welche sich mit einem Problem prinzipieller Natur beschäftigen will. Es können deshalb nur diejenigen Versuchsbegriffe behandelt werden, denen gesetzlich bei den Delikten, die in der Form des Versuchs begangen werden können, prinzipielle Geltung zukommt. Demnach lautet jetzt unser Problem, wenn wir noch den Begriff der Vorbereitungshandlung [2])

[1]) s. z. B. §§ 82, 151, D. St.G.B.

[2]) Im Gebiet des allgemeinen Sprachgebrauchs bedeutet die Vorbereitung den konträren Gegensatz zum Versuch. Wenn nun das deutsche Strafgesetz den Versuch zum technischen Begriff gestaltet, so sind wir berechtigt, den entsprechen-

als technischen Begriff für die straflose unterbrochene Handlung einführen, folgendermaßen: Kennt das Gesetz im Prinzip neben dem Versuch eine Vorbereitung, und welches ist in diesem Fall die Grenze zwischen Versuch und Vorbereitung?

Wir werden damit beginnen, die legislatorische Beantwortung dieser Frage zu erörtern; und zwar werden wir diejenigen Gesetzgebungen in den Kreis unserer Betrachtung ziehen, die uns am nächsten liegen, nämlich einmal die deutsche, dann die französische, die den modernen europäischen Strafrechtsbüchern in dieser Materie als Vorbild gedient hat und endlich die preußische, als das historische Bindeglied zwischen jenen beiden Gesetzgebungen.

Zunächst folgt eine kurze Zusammenstellung der maßgebenden Rechtssätze in ihrer historischen Entwickelung.

§ 2.

2. Die Geschichte der Gesetzgebung.[1])

In dem Code Pénal von 1791 hat die französische Gesetzgebung zum ersten Male dem Versuch feste Grenzen gezogen.

Den früheren Rechtszustand charakterisiert *Lelièvre*[2]) zusammenfassend dahin:

„Ex iis quae adhuc in hoc capite exposuimus, patebit, nullum quondam in puniendo conatu praeceptum generale in Gallia fuisse observatum; in singulorum vero criminum conatu puniendo paucas Regias Ordinationes, contra plurimas Juris Romani sanctiones subinde male intellectas, praecipue vero arbitrium judicis magnam vim habuisse."

---

den konträren Gegensatz zu diesem neuen Begriff gleichfalls im technischen Sinn als Vorbereitung zu bezeichnen. Freilich befolgt das Gesetz diesen Sprachgebrauch nicht, wenn es in § 86 eine vorbereitende Handlung unter Strafe stellt. Weil es sich aber hier um eine ganz vereinzelte Bestimmung handelt und das Gesetz nicht im § 86, wohl aber im § 43 einen technischen Begriff schaffen wollte, so glauben wir trotzdem, berechtigt zu sein, an dem Begriff der Vorbereitung in dem eingeführten technischen Sinne festzuhalten.

[1]) s. Dalloz, No. 15—35. Baumgarten, p. 139 ff. Beseler, p 138—139. Zachariae in G.A. III und V. Lammasch, p. 36—37. Gallet, p 81 ff. Garçon, Anm. zu § 2. Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten nach den Beschlüssen des Königlichen Staatsrats. 1843. Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten. 1847.

[2]) Zitiert bei Baumgarten, p. 139, Anm. 47.

Der Code von 1791 stellt noch keinen gemeinsamen Versuchsbegriff für eine Reihe von Verbrechensarten auf, sondern gibt nur spezielle Begriffe für die drei einzigen Versuchsarten, die er kennt, nämlich den Versuch des Mordes, der Tötung durch Gift und der Gefangenenbefreiung. Diese Begriffe sind in den folgenden Gesetzesstellen enthalten:

Part. II. tit. 2 sekt. 1 art. 11:

„L'homicide commis avec préméditation sera qualifié d'assassinat et puni de mort."

Art 13:

„L'assassinat, quoique non consommé, sera puni de la peine portée en l'article 11, lorsque l'attaque à dessein de tuer aura été effectuée."

Art 14:

„L'homicide commis volontairement par poison, sera qualifié d'empoisonnement et puni de mort."

Art. 15:

„L'homicide par poison, quoique non consommé, sera puni de la peine portée en l'article 14, lorsque l'empoisonnement aura été effectué, ou lorsque le poison aura été présenté ou mêlé avec des aliments ou breuvages spécialement destinés, soit à l'usage de la personne contre laquelle ledit attentat aura été dirigé, soit à l'usage de toute une famille, société ou habitants d'une même maison, soit à l'usage du public".

Part. II tit. I. sect. IV. art. 8:

„Quiconque aura délivré, ou sera convaincu d'avoir tenté de délivrer par force ou violence des personnes légalement détenues, sera puni de trois années de fer".

Nachdem in der folgenden Zeit verschiedene Einzelgesetze[1]) einen criminellen Versuch noch bei andern singulären Delicten anerkannt hatte, ging endlich das Gesetz vom 22. Praerial des Jahres IV dazu über, bei allen Verbrechen i. e. S. (crimes) die Begehungsform des Versuchs zuzulassen und demgemäß einen allen Verbrechen gemeinsamen Versuchsbegriff zu konstruieren. Gewisse leitende Gedanken dieser Gesetzgebung sind uns in einem Bericht[2]) überliefert,

[1]) Beispiele sind bei Baumgarten, p. 141, Anm. 55, angeführt.

[2]) Dieser Bericht ist in der zit. Abhandlung Eisenmanns, p. 517 ff. Anm. 197, abgedruckt. Wir entnehmen ihm nur diejenigen Stellen, die für unsern Gegen-

welchen *Emmanuel Pastoret* in dem Rat der Fünfhundert am 5. Floréal des Jahres IV über den Versuch der Verbrechen hielt.

Mit dem größten Nachdruck wird hier die Auffassung vertreten, daß nicht das psychische Geschehen an sich allein der Herrschaft des Strafgesetzes unterliege, sondern daß die criminelle Verantwortlichkeit das physische Ereignis der (äußern) Willensbetätigung zur unbedingten Voraussetzung habe:

„Tant qu'il ne s'agit que d'un dessein conçu et médité silencieusement dans la tête du coupable, la loi doit s'arrêter sans doute: „Il est trop évident que la pensée n'est qu'un rapport de l'homme à Dieu. Aussi, la morale venant à l'appui d'une législation impuissante, a-t-elle proclamé cette idée sublime, que le coeur du méchant est toujours ouvert devant les yeux de l'Eternel, qui réserve au crime échappé à la vengeance des lois d'immortalité d'une vengeance plus terrible.

Punir le dessein d'un crime, quand aucun acte extérieur n'a manifesté la volonté de le commettre, c'est ressembler à ce roi de Syracuse, qui fit donner la mort à un de ses sujets pour avoir, disoit-on, rêvé qu'il la donnoit lui-même au tyran".

Zur Unterstützung dieses Standpunktes beruft sich der Verfasser auf das römische Recht:

„Si le crime . . . avoit commencé, la loi ne le couvroit pas d'une indulgence funeste. Le dessein alors s'étoit manifesté par une action, l'action était punie. Même en voulant considérer l'issue d'un attentat, le législateur disoit: „Celui qui tue, et celui qui s'arme pour tuer, méritent le même châtiment".

Er zitiert endlich folgende Grundsätze des Josephinischen Strafgesetzbuchs[1]):

Kap. I, art. 9:

„Obschon der Gedanke und ein inneres böses Vorhaben allein noch keine Kriminalverbrechen sind, so ist doch zum Verbrechen auch nicht nötig, daß die Uebeltat wirklich ausgeführt werde. Schon der Versuch der Uebeltat ist ein Kriminalverbrechen, sobald der Bösgesinnte

---

stand wichtig erscheinen, wichtig insbesondere dadurch, daß Eisenmann sie herbeizieht, um seine Interpretation des Gesetzes vom 22. Prärial IV zu begründen, die wir später bekämpfen werden.

[1]) Die folgende Stelle wird im offiziellen Text wiedergegeben, der bei Eisenmann, p. 523 – 524 angeführt ist.

zur wirklichen Ausführung derselben sich anschickt und sein Vorhaben durch äußerliche Kennzeichen und eine Handlung offenbaret hat, die Tat aber in der Folge nur aus Unvermögen, aus dazwischentretendem fremdem Hindernisse oder aus Zufall nicht vollbracht worden ist".

Dann aber fährt *Pastoret* fort: „Pourquoi vais-je chercher dans d'autres codes des exemples étrangers? Le nôtre même a consacré ce principe "

Gemeint sind die zitierten Artikel 13 und 15 des Code von 1791, in welchen nun *Pastoret* den gleichen Gedanken nachweist.

Demgemäß gelangt der Bericht zu folgendem Ergebnis:

„Si la suspension du crime n'appartient point à la volonté de l'homme, qui a commencé de le commettre, si elle est forcée par des circonstances qui lui sont étrangères, s'il est découvert avant de le consommer, nous paroîtra-t-il excusable pour n'avoir pas emporté une somme qu'il avoit déjà dérobée, pour n'avoir pas dérobé une somme enfermée dans un secrétaire qu'il avoit déjà brisé? Le devoir de la répression et du châtiment existent dès que la peusée a cessé de n'être qu'une pensée, dès qu'une action extérieure en est devenue le résultat."

Dieses Prinzip von *Pastoret* ist auch durch das Gesetz vom 22 Praerial. IV. anerkannt worden. Hier ist gesagt:

„Considérant que le Code ne prononce ancune peine contre les tentatives de vol, d'incendie et des autres crimes, à l'exception de l'assassinat et de l'empoisonnement, le conseil des Cinq Cents prend la résolution suivante: Toute tentative de crime, manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu."

In den folgenden Jahren werden durch Spezialgesetze auch bei gewissen Vergehen (délits) und Uebertretungen (contraventions) Versuchsstrafen festgesetzt.[1]) Allein die Auffassung, die nur bei den Verbrechen einen Versuch prinzipiell anerkennt, ging in den Code Pénal von 1810 über und mit ihr die Versuchsdefinition des Gesetzes vom 22. Praerial IV in fast unveränderter Fassung. Sie lautet nunmehr im Art. 2 des Gesetzbuchs von 1810:

[1]) vergl. Baumgarten, p. 142. Dalloz, No. 23, 27. Gallet, p. 83, Anm. 6.

„Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même."

Die Revision des Jahres 1832 brachte folgende Aenderung in der Definition: Die Begriffsbestimmung: „Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution" — wurde durch die folgende ersetzt: „Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution." —

In dieser Fassung gilt der art. 2 des Code Pénal in Frankreich noch heute.

Der Versuchsbegriff des preußischen Strafgesetzbuches von 1851 ist im wesentlichen demjenigen des Code Pénal nachgebildet. Ueber seine Entstehung wird von *Beseler*[1]) folgendes berichtet:

Die Vorarbeiten zum preußischen Strafgesetzbuch gingen bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch von einer doppelten Erwägung aus: Einmal war man überzeugt, daß auch eine von dem verbrecherischen Erfolg noch weit entfernte Handlung einen nicht geringen Grad von Böswilligkeit offenbaren und die Vermutung begründen könne, daß ohne das Dazwischentreten eines äußeren Hindernisses die Begehung erfolgt wäre. Dann aber sah man auf der andern Seite ein, daß die Bestrafung solcher unterbrochenen Handlungen, die nur in einem sehr ungewissen Zusammenhang mit dem Erfolge ständen, einen Akt der Willkür bedeuten würde, weil diese Handlungen sich nicht wesentlich von bloßen Gedanken, Wünschen und Begierden unterschieden.

Die beiden ersten Entwürfe des preußischen Strafgesetzbuches folgten daher dem Beispiel der andern zeitgenössischen Gesetzgebungen[2]), welche von den gleichen Erwägungen geleitet, durch das Erfordernis eines Anfangs der Ausführung den Versuch von der Vorbereitung abgegrenzt hatten.

Der Entwurf von 1833 geht von dieser Auffassung wieder ab

---

[1]) p. 138—139, l. c.

[2]) Eine Reihe solcher Gesetzgebungen ist bei Beseler in Anm. h. p. 139 zusammengestellt.

und gibt in § 50 folgende Definition, die sich an diejenige des preußischen Landrechts anschließt:

„Der Versuch eines Verbrechens wird strafbar, sobald derselbe durch eine solche äußere Handlung sich offenbaret hat, welche schon auf die Ausführung des beabsichtigten Verbrechens gerichtet ist".

Die gleiche Definition findet sich im Entwurf von 1836.

Hier wird also nicht vorausgesetzt, daß die Handlung einen Teil der Ausführung enthalte, sondern nur, daß sie auf die Ausführung gerichtet sei, d. h. sich mit der Absicht verbinde, das Verbrechen herbeizuführen. Demgemäß gilt jede, auch die entfernteste Handlung für strafbar, wenn sie nur dolos ist.[1])

„Allein schon in der Staatsratskommission", fährt *Beseler* fort, „ward diese Aenderung aus den oben angeführten Gründen[2]) beseitigt, und die Revision von 1845 suchte die ursprüngliche Absicht des Gesetzgebers noch bestimmter auszudrücken als es früher geschehen war".

Der § 42 des revidierten Entwurfs bestimmte daher die Grenzen des Versuchs in der Art, „daß als Versuch nur solche Handlungen zu bestrafen sind, welche die Begehung des Verbrechens nicht blos vorbereiten, sondern einen Anfang der Ausführung des Verbrechens enthalten".[3])

Es folgte dann eine wiederholte Erörterung der ganzen Frage. Der Justizminister *Uhden* erklärte sich gegen die Definition des § 42 und führte aus:[3]) „Die Grenze der Strafbarkeit sei zu enge gezogen, wenn man alle vorbereitenden Handlungen ohne Unterschied als straflos bezeichne Die Strafe des Versuchs müsse eintreten, sobald der verbrecherische Wille in äußeren Handlungen so stark hervorgetreten sei, daß man auf die ernste Absicht, das Verbrechen zu begehen, schließen müsse. Dies sei das Prinzip des Landrechts, das bisher zu keinen Uebelständen Anlaß gegeben habe." Vergeblich ergriff *v. Savigny* Partei für die Auffassung des § 42, indem er betonte, daß ein fester Gesichtspunkt nötig sei und die Definition des revidierten Entwurfs dem Richter eine praktische Handhabe biete, weil sie keine bloß theoretische, sondern eine wahrhaft dispositive

---

[1]) Erläuterung des Verfassers, jedoch im Sinne Beseler's. s. auch Zachariae, G.A. V. p. 577 ff.

[2]) Nämlich denjenigen, welche die beiden ersten Entwürfe leiteten.

[3]) Protokolle der Staatsratskommission, zitiert bei Beseler.

Bestimmung enthalte. Die erste Ansicht siegte in der Kommission; der § 42 wurde gestrichen und fehlte daher im Entwurf von 1847.

Erst der vereinigte ständische Ausschuß nahm den Vorschlag wieder auf und zwar wesentlich in der Fassung, die der § 31 des preußischen Strafgesetzbuchs erhielt; dieser definiert:

„Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt und nur durch äußere, von dem Willen des Täters unabhängige Umstände gehindert worden oder ohne Erfolg geblieben ist."

Dieser Versuchsbegriff wurde dann ohne wesentliche Modifikation in das deutsche Strafgesetzbuch übernommen:

§ 43: „Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen."

In welcher Weise haben nun diese Gesetzgebungen das Problem von Versuch und Vorbereitung gelöst?

§ 3.

α. Die Gesetzesauslegung.

Die erste prinzipielle Definition des Versuchs ist in dem Gesetz vom 22. Praerial IV. aufgestellt und im Code von 1810 wörtlich wiederholt worden: Der Versuch ist hier begrifflich fixiert als „tentative, manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution". Die „tentative" zunächst ist an dieser Stelle nicht gleichbedeutend mit dem Versuch in unserem Sinn, weil sie nicht das Delikt selbst, sondern nur eines seiner Merkmale bezeichnet. Dieser Begriff fällt aber auch nicht zusammen mit dem der verfehlten Handlung. Sein Sinn ist ein anderer und ergibt sich aus seiner Verbindung mit dem weiteren Merkmal der „manifestation par des actes extérieurs": Wenn die „tentative" durch eine äußere Betätigung offenbart werden soll, so ist sie nicht selber eine Betätigung, sondern nur ein Wille zu einer Tätigkeit, und da es sich um eine „exécution" handelt, zugleich der Wille, durch diese Tätigkeit eine Bedingung zu einem Erfolge zu setzen. „Tentative" ist also in diesem Zusammenhange, — wenn auch nicht nach allgemeinem

Sprachgebrauch, — gleichbedeutend mit Handlungswille.[1]) Dieser Handlungswille soll dann noch ein zweites Merkmal besitzen: Er soll einen „Anfang der Ausführung" im Gefolge haben. Nun ist aber jede Ausführung eine Art der (äußeren) Betätigung.[2]) Jede „exécution" ist also ein „acte extérieur." Daraus folgt, daß ein Wille, der eine Ausführungshandlung auslöst oder — in der Sprache des Gesetzes — zum Gefolge hat, sich damit zugleich in einer (äußern) Betätigung offenbart.[3]) Von den beiden Merkmalen, die zu dem Handlungswillen hinzutreten, ist demnach das erste bereits in dem zweiten enthalten. Die Begriffsbestimmung des Gesetzes vom 22. Prärial IV. würde demnach den gleichen Sinn haben, wenn man das Merkmal des „acte extérieur" beiseite ließe und den Versuch kurz definierte als „tentative manifestée[4]) par un commencement d'exécution." Die Revision des Jahres 1832 hat auch diese korrekte Definition eingeführt und die Modification des Gesetzestextes in diesem Sinn nur als eine redaktionelle Aenderung betrachtet.[5])

[1]) cf. p. 3 f. — Mag diese Interpretation auch gewaltsam erscheinen, so ist sie doch die einzig mögliche. Denn sowie man den „acte extérieur" als konstitutives Merkmal der „tentative" auffaßt, wozu ja der allgemeine Sprachgebrauch drängt, so entsteht ein nonsens, wenn das Gesetz verlangt, daß die „tentative" durch einen „acte extérieur" offenbart werde. — Vergl. die abw. Definitionen von Gallet, l. c. Introduktion, p. X Anm. 6; s. auch Ortolan, l. c. No. 989, wo „tentative" bestimmt ist als ein „acte de mainmise, tendant à l'accomplissement du délit."

[2]) Genauer: eine Art der Betätigung, die gewollt ist als Bedingung eines Erfolges, also eine Art der Handlung. s. o. p. 3.

[3]) Aus den gesetzgeberischen Vorarbeiten ist klar, daß das Erfordernis der „manifestation" nicht in dem Sinne zu verstehen ist, daß durch die Betätigung der Wille in gewissem Masse erkennbar werden solle.

[4]) Oder „suivie", was dasselbe bedeutet, weil beide Ausdrucksweisen nur Umschreibungen sind für die Beziehung, welche zwischen dem Willen und der Körperbewegung stattfindet, s. p. 1.

[5]) s. Dalloz, l. c. unter „tentative", No. 33: „La révision de 1832 n'a apporté aucun changement an système du code pénal en ce qui concerne la tentative. Seulement la rédaction de l'art. 2 a été légèrement modifiée. Cette modification n'a point été motivée dans les travaux préparatoires de la loi de révision, mais elle nous paraît se justifier d'elle-même. Dans l'ancienne rédaction, la tentative semblait être distincte du commencement d'exécution et le précéder; or cela ne nous semble pas exact; la tentative et le commencement d'exécution se confondent en réalité. D'un autre côté, les actes extérieurs se comprennent par opposition aux actes intérieurs, an travail de la pensée; mais le commencement d'exécution suppose nécessairement des actes extérieurs. Jl peut y avoir des actes extérieurs

Beide Gesetzgebungen, sowohl der Code pénal — vor und nach der Revision — als auch das Gesetz vom 22. Prärial IV. enthalten als konstitutives Merkmal des Versuchs den „commencement d'exécution." Was ist unter diesem Begriff zu verstehen?

Eines ist sofort klar: Der Anfang der Ausführung im Sinne des Gesetzes soll nicht eine jede, sondern nur eine gewisse Art der (äußern) Betätigung umfassen. Der „commencement d'exécution" soll den engern Begriff bilden zum „acte extérieur."

Das ergibt sich erstens aus dem Text des Gesetzes vom 22. Prärial IV. und dem Text des Code Pénal vor der Revision: Hier wird bei der Begriffsbestimmung des Versuchs zwischen Betätigung und Anfang der Ausführung unterschieden und außer dem „acte extérieur" noch ein „commencement d'exécution" gefordert.

Das ergibt sich zweitens aus der Geschichte dieser Gesetze: Sie haben den Code Pénal von 1791 zur Grundlage.[1]) Sie dehnen die Strafbarkeit des Versuchs, welche dort nur bei einzelnen Delikten ausgesprochen war, auf eine ganze Gattung von Delikten aus. Nun genügt aber im Code Pénal von 1791 für die „tentative" nicht eine jede, sondern nur eine ganz bestimmte Art des „acte extérieur." Zum Versuch des gemeinen Mordes wird nämlich ein Angriff gefordert,[2]) und zum Versuch des Giftmordes wird vorausgesetzt, daß das Gift dem Opfer dargereicht oder mit gewissen näher bezeichneten Nahrungsmitteln vermengt wird.[3]) Und von dieser Auffassung, nach welcher die Betätigung beim Versuch eine species des „acte extérieur" darstellt, sind auch die Gesetzgeber des Jahres IV. nicht abgewichen. Denn weil der Bericht von *Pastoret* keine Andeutung darüber enthält, daß diese grundlegende Auffassung geändert werden solle, und

. . . .

sans commencement d'exécution, et dès lors il ne suffisait pas, pour caractériser la tentative, de mentionner les actes extérieurs; mais il ne peut y avoir commencement d'exécution sans actes extérieurs; c'est pourquoi la mention du commencement d'exécution rendait inutile et superflue celle des actes exterieurs." — Diese Ausführungen treffen in Ergebnis und Begründung mit den unsrigen überein. Nur besteht eine Abweichung darin, daß Dalloz — unserer Ansicht nach dem Gesetzestext zuwider — unter „tentative" einen (criminellen) Versuch versteht. — s. auch Gallet, l. c. p. 146–147.

[1]) vgl. den Bericht von Pastoret, cit. oben p. 13.

[2]) art. 13, l. c. s. o. p. 11.

[3]) art. 15, l. c. s. o. p. 11.

zugleich am Schluß[1]) den Vorschlag derjenigen Versuchsdefinition enthält, welche angenommen wurde und in den Code überging, so können die Gesetzgeber nicht der Ansicht gewesen sein, daß durch diese neue Versuchsdefinition mit jener alten grundsätzlichen und überaus wichtigen Auffassungsweise gebrochen werde.

Eine ganz andere Interpretation gibt *Eisenmann.*[2]) Er stellt auf, daß im Gesetz vom 22. Praerial IV ein sachlicher Unterschied zwischen „acte extérieur" und „commencement d'exécution" nicht gemacht werde, beide Begriffe vielmehr identisch seien.

Zunächst glaubt *Eisenmann* für diese Interpretation eine Grundlage in zwei Stellen des Berichtes zu finden. Die erste Stelle ist diejenige, an welcher sich *Pastoret* auf die Grundsätze des römischen Rechts beruft[3]) und sie zusammenfassend in folgender Weise charakterisiert: „Si le crime . . . . . avoit commencé, la loi ne le couvroit pas d'une indulgence funeste." Hier bemerkt *Eisenmann*: „Es ist wohl zu beachten: in diesem Satze allein, in seinen Worten „„wenn indes das Verbrechen begonnen hatte"" ist die Basis zu finden, aus der in dem Gesetzvorschlage als Quintessenz die Worte „„commencement d'exécution"" ausgezogen sind; diese Worte selbst kommen dann hier und da im weiteren Texte des Berichtes vor, aber als bekannte Größen aus dem Gesetzvorschlage vorweggenommen, nicht mehr als thema probandum, wie in der oben angeführten Stelle, mit Gründen und Beweisen erläutert. Nun ist aber gerade in der obigen ersten Stelle als Beispiel für bestraften Versuch im römischen Recht die aus dem Zusammenhang herausgerissene Stelle der lex Cornelia gewählt, die einen stets als klassisches Beispiel einer Vorbereitungshandlung von den Strafrechtslehrern citierten Fall bildet: „„wer sich waffnet, um zu töten."" — Die zweite Stelle ist der Schlußsatz: „Le devoir de la répression et du châtiment existent dès que la pensée a cessé de n'être qu'une pensée, dès qu'une action extérieure en est devenue le résultat."[4])

„Diese letzte Stelle," — sagt *Eisenmann,* — „auf die die Schlußworte „„dies sind die Prinzipien, welche uns bei dem vorzulegenden Gesetzesentwurf geleitet haben"" bezeichnenderweise un-

[1]) s. bei Eisenmann, p. 520 Anm. 197, l c.
[2]) l. c. p. 521 ff.
[3]) s. o. p. 12.
[4]) s. o. p. 13.

mittelbar folgen, sagt mit dürren Worten, daß dieser Gesetzentwurf, welches auch immer sein Wortlaut sein mag, nach der Absicht seiner Redaktion nur zwei Stufen des unvollendeten Verbrechens kennen und anerkennen sollte, die nuda cogitatio und das crimen non consumatum. Von einer Zwischenstufe, von abgesondert unterschiedenen Vorbereitungshandlungen findet sich keine Spur. Dies muß maßgeblicher sein, als die zufällig zweideutig ausgefallene Fassung des Gesetzesvorschlages selbst. Die Worte „„tentative manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution"" scheinen ja die Manifestation durch äußere Handlungen als ein erstes eventuell selbständiges Stadium, den Anfang der Ausführung als ein zweites, darauf folgendes anzusprechen. Aber nur scheinbar; denn 1. wäre dann die Manifestation durch äußere Handlungen allein doch kaum als „„tentative"" schon zu bezeichnen gewesen, wie es dadurch geschieht, daß das Wort suivie, weiblich und in der Einzahl gebraucht, sich auf tentative bezieht und also die tentative dem commencement d'exécution vorhergehen müßte, nicht aber mit ihm identisch sein könnte; 2. würde doch diesem dann zum Haupterfordernis der Strafbarkeit gewordenen „„„commencement d'exécution"" irgend ein Wort separater Erläuterung im Berichte gewidmet sein und 3. wären nicht die Worte „„„suivie de,"" die diese Coordinierung und Aufeinanderfolge zweier getrennter Erfordernisse allein begründen, schon in der nächsten Umredaktion, im napoleonischen Code pénal von 1810 einfach gestrichen worden, ohne daß so sorgfältige Commentatoren wie *Chauveau-Hélie* oder sonst irgend wer ein Wort der Erklärung hieran zu knüpfen für nötig fanden. Der so geschaffene Text macht den commencement d'exécution ebenso wie die actes extérieurs zu einer Art der Manifestierung des Verbrechensversuchs; damit ist die zeitliche Nachfolge und die anscheinende Trennung des commencement d'exécution wieder beseitigt."

Eisenmann läßt bei dieser Interpretation völlig außer acht, daß der Bericht von *Pastoret* sich in keiner Weise mit der Frage beschäftigt, ob das Gesetz neben dem (strafbaren) Versuch eine (straflose) Vorbereitungshandlung anerkennen solle, sondern nur den Zweck verfolgt, einmal, die Notwendigkeit der Versuchsstrafe in weiterem Umfang als bisher darzulegen [1]) und dann den Grundsatz

[1]) s. den Bericht bei Eisenmann, l. c. p. 517, Anm. 197.

festzustellen, daß nicht schon mit einem psychischen Geschehen, sondern erst mit einer Betätigung des Willens in der physischen Welt ein Gegenstand strafrechtlicher Verantwortlichkeit gegeben sei.[1])

So wird es denn *Eisenmann* leicht, einige Stellen zu finden, wo der Berichterstatter, einzig und allein darauf bedacht, den Versuch von einem rein psychischen Geschehen zu unterscheiden, es vergißt, ihn auf der andern Seite auch von der Vorbereitungshandlung abzugrenzen, und deshalb einen Begriff verwertet, der zwar mit aller Bestimmtheit Vorgänge rein psychischer Natur ausschließt, aber in anderer Beziehung zu weit, eine jede äußere Willensbetätigung in sich begreift. Die Fassung dieser Stellen, deren Ungenauigkeit in dieser Weise leicht begreiflich wird, wenn man nur die Gedankenarbeit des Berichterstatters verfolgt, bedeutet für die von *Eisenmann* aufgeworfene Frage gar nichts, ebensowenig wie die Berufung auf die lex Cornelia. *Pastoret* zitiert dieses Gesetz nur deshalb, weil es die Versuchsstrafe streng durchführt, und ohne Rücksicht darauf, wie es der Vorbereitungshandlung gegenübersteht. Kurz, *Pastoret* kann die Frage, welche *Eisenmann* aufwirft, aus dem einfachen Grunde nicht beantworten, weil er nicht einmal an sie gedacht hat. Wird trotzdem aus seinen Ausführungen eine Beantwortung dieser Frage herausgelesen, so ist dies eine erzwungene Interpretation. Mit demselben Recht könnte man, zu einer andern Frage übergehend, aus der Art, wie das Schlußergebnis des Berichtes[2]) formuliert ist, folgern, daß *Pastoret* auch die untauglichste Handlung bestraft wissen will, weil er hier als physische Seite des Versuchs lediglich eine äußere Handlung fordert und keinen Vorbehalt ihrer Tauglichkeit macht.[3])

Kann aber diese Gesetzesinterpretation *Eisenmanns* nicht einmal aus den Motiven hergeleitet werden, so muß man sie erst recht fallen lassen, weil sie mit dem Gesetzestext in völligem Widerspruch steht. Wie schon oben[4]) gezeigt, geben nämlich die Gesetzgeber aus den Jahren IV. und 1810 durch die Cumulierung der Begriffe

[1]) s. die zitierten Stellen des Berichts, oben p. 12 ff., z. B. die Berufung auf das Josephinische Strafgesetzbuch.

[2]) zit. p. 13 und 19.

[3]) s. auch die Gründe, die Gallet l. c. p. 145 Anm. 18 für unsere Interpretation anführt.

[4]) p. 18.

vom „acte extérieur“ und vom „commencement d'exécution“ deutlich zu erkennen, daß sie diese Begriffe nicht für identisch halten. Nun wird allerdings auch eine Gesetzesauslegung in diesem Sinn von *Eisenmann* angegriffen. Allein seine Gründe sind nicht stichhaltig, und wir erheben gegen sie folgende Einwendungen: zu 1: Zunächst ist „tentative“ nicht gleichbedeutend mit Manifestation durch äußere Handlungen.[1]) Denn nach dem Gesetz ist es eben die „tentative“, welche durch die äußeren Handlungen offenbart werden soll. Und wenn diese Annahme *Eisenmanns* richtig wäre, dann ergäbe das Gesetz, dessen Fassung allerdings in jedem Falle zweifelhaft bleibt, erst einen vollkommenen Nonsens. Denn weil nach *Eisenmann* „acte extérieur“ und „commencement d'exécution“ identisch sind, so wäre gefordert, daß auf die „tentative“ ein „commencement d'exécution“ also eine zweite „tentative“ folge.[2]) Zu 2: Es ist allerdings merkwürdig, daß der neu auftauchende Begriff des „commencement d'execution“ im Berichte keine nähere Erläuterung findet. Bei diesem Mangel einer Erläuterung ist es nun am natürlichsten, den neuen Begriff dahin auszulegen, daß er entsprechend der Auffassung des Gesetzes von 1791 den „acte extérieur“ enger umgrenzt.[3]) Viel gezwungener aber erscheint es, daraus, daß der Begriff nicht erläutert ist, den Schluß zu ziehen, daß durch seine bloße Bildung stillschweigend mit der Auffassung des Gesetzes von 1791 gebrochen werde. Zu 3: Die durch die Revision gebrachte Textänderung wird von den Kommentatoren nicht näher behandelt, weil sie — bei unserer Interpretation — nichts weiter bedeutet, als die Beseitigung einer auffallenden Tautologie und deshalb ohne weiteres verständlich ist.[4])

Ist so für das französische Strafrecht erwiesen, daß der Anfang der Ausführung gegenüber der äußeren Handlung den engeren Begriff darstellt, so ergibt sich erst für das preußische Strafrecht die Richtigkeit einer solchen Auslegung mit vollkommener Deutlichkeit. Wie nämlich aus den zitierten Entwürfen und aus dem zitierten Berichte *Beselers* zu ersehen ist,[5]) wird in den Vorarbeiten eine

[1]) s. o. p. 16.

[2]) vgl. auch Zachariae in Goldmanns Archiv. Bd. III, p. 168.

[3]) s. o. p. 18 ff.

[4]) s. p. 16 ff. und p. 17 Anm. 5.

[5]) oben p. 14 ff.

ausdrückliche Charakterisierung der beiden entgegengesetzten Auffassungen gegeben, — deren eine den Versuchsbegriff auf alle unterbrochenen Handlungen ausdehnt und deren andere den Versuch von der Vorbereitung abgrenzt; und hierbei wird überall, wie sich zur Evidenz ergibt, der Begriff vom Anfang der Ausführung als unterscheidendes Merkmal des Versuchs gegenüber der Vorbereitung verwendet.[1]) In den Vorarbeiten wird dann auch der Verlauf des Streites zwischen beiden Meinungen und der endgiltige Sieg der milderen Ansicht dargestellt.

Mit der Versuchsdefinition selbst sind endlich die Gedanken und Begriffe des preußischen Rechts in das deutsche Strafgesetzbuch übergegangen.

Ist nun für das französische wie für das preußische und deutsche Strafrecht festgestellt, daß der Anfang der Ausführung nicht jede Handlung umfaßt, so erhebt sich die zweite, weit schwierigere Frage: Was bedeutet der Anfang der Ausführung? Welches sind die Grenzen dieses Begriffs?

Bei der Erörterung dieser Frage werden wir vom allgemeinen Sprachgebrauch ausgehen, was bei der Erläuterung eines jeden Begriffes methodisch zweckmäßig ist, den das Gesetz nicht schon als einen technischen Begriff definiert: Was heißt zunächst Ausführung?

Mit diesem Begriff wird die Vorstellung verbunden, daß etwas gedacht und daß dieses Gedachte durch zweckentsprechende Tätigkeit auch verwirklicht worden ist. Die Ausführung bedeutet also die gewollte Ueberführung des Gedachten zum Wirklichen durch eine Betätigung. Ausführung heißt Verwirklichung durch Handlung.[2])

---

[1]) Damit ist zugleich festgestellt, daß dieser Begriff nicht die tauglichen gegenüber den untauglichen Handlungen charakterisieren soll. Dies gilt auch von dem Begriff des commencement d'exécution in der französischen Gesetzgebung, weil dort wie hier in den Vorarbeiten und in dem Gesetz die Frage nach der Strafbarkeit der untauglichen Handlungen nicht einmal angedeutet ist.

[2]) Als Autorität zitieren wir Grimm.

Er definiert — l. c. Bd. I, p. 863 — Ausführung als „exsecutio, deductio, perfectio." Er zitiert als Beispiele folgende Stellen aus Goethe: „Es war eben nicht das beste Gemälde, nicht gut zusammengesetzt, von keiner sonderlichen Farbe und die Ausführung durchaus manieriert" (vollständige Ausgabe letzter Band in 60 Sedezbänden. Stuttgart, 1827 ff., XVII, 106.) — Das ganze herrlich gezeichnet, reich und unschuldig, harmonisch in seinen Teilen, von der höchsten Ausführung (l. c. XXXI, 219.)

Der Begriff der Ausführung ist folglich ein Kollektivbegriff. Es wird mit ihm die Gesamtheit derjenigen Handlungen zusammengefaßt, welche Bedingungen eines wirklich eingetretenen Erfolgs gewesen sind. Damit ist zugleich gesagt, daß eine einzelne Handlung in Verbindung mit einem durch sie bedingten Erfolg nicht als Ausführung bezeichnet werden kann, wenn dieser Erfolg nicht nur mit dieser, sondern noch mit anderen Handlungen in Kondizionalzusammenhang steht.[1]) Gleichbedeutend mit Ausführung ist „exécution".[2]) —

Ist damit der Begriff der Ausführung definiert, so fragt sich weiter, was unter dem Anfang der Ausführung zu verstehen ist. Dieser Begriff setzt eine Teilung der Ausführung in mehrere zeitlich aufeinander folgende Perioden voraus. Wie ist nun diese Teilung

---

Ausführen bedeutet nach Grimm (l. c. Bd. I. p. 862—863): „ad finem perducere, vollführen, durchführen, vollenden, ausrichten." Folgende Belegstellen werden hinzugefügt: „Er hat eine Grube gegraben und ausgeführt" (Ps. VII, 16.) — „Bis daß er ausführe das Gericht zum Sieg" — (Matth. XII, 20.) — „Es ist mir leid, diesen Turm nicht ganz ausgeführt zu sehen, denn die vier Schnecken setzen viel zu stumpf ab, es hätten drauf noch vier leichte Turmspitzen gesollt" (Goethe, l. c. XXVI, 82.) — Besser gedacht und meisterhafter ausgeführt war nicht etwas zu schauen" (Goethe, l. c. XXXI, 220.)

[1]) Eine solche Willensbetätigung fällt vielmehr unter den konträren Begriff des Unternehmens (entreprise).

[2]) exécution ist bei Larousse (l. c. Bd. VII, p. 1185.) definiert als „action d'exécuter, accomplissement, réalisation: . . . Exécution d'un canal, d'un projet, d'un monument." — „Mettre à exécution, exécuter: Mettre un projet à exécution. — Etre en voie, en cours d'exécution, se dit d'une chose dont l'exécution est commencée et dont on poursuit l'achèvement: Travaux en cours d'exécution."

Ueber exécuter sagt Larousse (l. c. Bd. VII, p. 1184.): „Exécuter, . . . Poursuivre jusqu'au bout, achever, qui est formé de ex, hors, et de sequi, suivre. Effectuer, réaliser: exécuter des projets, des plans, des desseins." Er bringt folgende Beispiele:

„On n'exécute rien quand on veut l'impossible".

(A. Chénier.)

„On n'exécute pas tout ce qui se propose, et le chemin est long du projet à la chose."

(Molière.)

Weiter lautet die Definition: „faire, en parlant d'un ouvrage. Exécuter un tableau, une statue. Exécuter un monument." Beispiele:

„On entreprend assez, mais aucun n'exécute."

(Corneille.)

Als Synonima werden angeführt:

„Accomplir, effectuer, réaliser", als konträre Begriffe: „Commander, ordonner, — négliger, omettre."

zu denken? Die Ausführung kann zunächst begrifflich in drei Elemente zerlegt werden: die gesamte Handlung, den Erfolg und den Bedingungszusammenhang, welcher das Bindeglied zwischen beiden ist. Der Bedingungszusammenhang nun findet überhaupt nicht in der Zeit statt; das kommt uns sofort zum Bewußtsein, wenn wir ihn denken.[1]) Es ist also nur noch die doppelte Möglichkeit gegeben, entweder daß der Erfolg oder daß die gesamte Handlung in mehrere aufeinander folgende Perioden eingeteilt wird und daß man entweder von einem Anfang der Ausführung spricht, wenn ein Teil des Erfolgs oder wenn ein Teil der Handlung verwirklicht ist. Nun sind der Erfolg und die Handlung Veränderungen in der Außenwelt. Jede Veränderung kann aber durch das abstrakte Denken in successive Teilveränderungen zerlegt werden, wenn auch diese Teilveränderungen in ihrer konkreten Gestalt nicht zum Bewußtsein gelangen. So kommen wir zu dem vorläufigen Resultat, daß ein Anfang der Ausführung entweder eine teilweise Verwirklichung des Erfolges oder eine teilweise Verwirklichung der Handlung bedeutet. Und berücksichtigen wir dann, daß ein Teil des Erfolges nur eintritt, wenn der entsprechende Teil der Handlung gegeben ist, daß also jedem Teil des Erfolges ein Teil der Handlung entspricht, so gelangen wir zusammenfassend zu dem Schluß: Der Anfang der Ausführung ist ein Teil der ausführenden Handlung. Und damit kommen wir auf die Kernfrage: Welcher ausgezeichnete Teil der ausführenden Handlung stellt den Anfang der Ausführung dar?

Unter dem Anfang der Ausführung würde nach allgemeinem Sprachgebrauch diejenige Erfolgbedingende Handlung zu verstehen sein, welche als erste, einzeln wahrnehmbare zur Erscheinung kommt. Bei dieser Deutung ergäbe sich aber, daß jede unterbrochene Handlung strafbar wäre, und dies würde gegen das gewonnene Ergebnis verstoßen, nach welchem durch den Begriff vom Anfang der Ausführung nur eine besondere Art der unterbrochenen Handlung als kriminell gekennzeichnet werden soll. Der Begriff ist also nicht nach allgemeinem Sprachgebrauch, sondern in einem technischen Sinne zu deuten. Welches aber dieser technische Sinn ist, darüber

[1]) Eine philosophische Begründung dieser Erkenntnis erscheint bei ihrer Evidenz in dieser Arbeit nicht notwendig. Sie liegt darin, daß der Kondizinalzusammenhang, ebenso wie die Zeit, nicht ein Objekt, sondern eine Form unseres Bewußtseins ist.

gibt das Gesetz nicht den geringsten Aufschluß. Und daraus folgt, daß es der Wissenschaft überlassen bleibt, den Begriff vom Anfang der Ausführung zu definieren.

Weil aber die Wissenschaft zu dieser Definition weder den vulgären Wortsinn, noch einen gegebenen technischen Sprachgebrauch zur Grundlage nehmen kann, so bleibt ihr nur der eine Weg übrig, die geforderte Definition aus dem Wesen der Versuchsstrafe selber abzuleiten. Die Grenze des gesuchten Begriffs liegt also da, wo die Grenze des Versuchs gegen die Vorbereitung liegt Daraus ergibt sich, daß der Begriff vom Anfang der Ausführung, abgesehen davon, daß er auf die rechtliche Existenz der Vorbereitungshandlung schließen läßt, völlig nichtssagend ist, weil er die fragliche Grenze nur benennt, aber diese Grenze nicht zieht.[1])

So stehen wir einer Gesetzgebung gegenüber, welche unser Problem nur insoweit löst, als sie neben dem Versuch die Vorbereitung anerkennt, aber die Grenze beider Begriffe nicht festsetzt, ja nicht einmal andeutet. Die Aufgabe der Wissenschaft liegt somit darin, frei von jeder Bindung durch das Gesetz, die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch lediglich nach der Richtschnur eines Gesetzgebers, das heißt nach dem Gesichtspunkt der Strafwürdigkeit zu bestimmen.[2])

---

[1]) Deshalb würde nach Haelschners Ansicht an dem Versuchsbegriff nichts geändert, wenn das Merkmal vom Anfang der Ausführung wegfiele. (l. c. p. 342, Anm. 2.): „Ganz dasselbe Ergebnis würde erreicht worden sein, wenn nach dem Vorschlage Johns — Entwurf zu einem Strfgb. s. 201 f. — das Gesetz auf jede Definition des Versuchs verzichtet und nur festgestellt hätte, wie er zu strafen sei. Es hätte dies den Vorteil gehabt, daß die irreführende Bezeichnung des Versuchs als Anfang der Ausführung unterblieben wäre." — Wir können aber dieser Meinung nur beipflichten mit dem Vorbehalt, daß das Gesetz dann in anderer Weise als durch Aufstellung dieses Merkmals den Versuch als den engeren Begriff gegenüber der unterbrochenen Handlung bezeichnet haben müßte. Denn zu dieser wichtigen Erkenntnis in das Wesen des Versuchs hat uns das Merkmal vom Anfang der Ausführung gebracht, s. o. p. 18 ff, 22 ff.

[2]) Es ist klar, daß es keinen Unterschied macht, ob die einzelnen nun folgenden Autoren den Begriff vom Anfang der Ausführung zu definieren oder die Grenze zwischen Versuch und Vorbereitung zu bestimmen suchen. Denn beide Begriffe bedeuten dasselbe, wie wir eben gesehen haben.

3. Die freie wissenschaftliche Konstruktion.

A.

Die bisherigen Deduktionen aus einem besonderen Versuchsprinzip.

Die Theorien, welche unser Problem behandelt haben, lassen sich in zwei große Kategorien einteilen. Nach den einen ist das charakteristische Moment, welches den Versuch von der Vorbereitung unterscheidet, ein Merkmal der Willensbetätigung in ihrer konkreten Gestalt, nach den andern ein Merkmal einer Gattung von Willensbetätigungen, in welche die konkrete Betätigung eingereiht wird. Die Theorien der ersten Art kann man als die individuellen, diejenigen der zweiten Art als die generellen Theorien bezeichnen.

I. Die individuellen Theorien.

Wir beginnen mit der Darstellung der individuellen Theorien. In diese Gattung gehören drei Lehren: die erste charakterisiert den Versuch durch ein kondizionales, die zweite durch ein zeitliches Verhältnis zwischen der Willensbetätigung und dem Erfolg, und die dritte durch eine logische Relation zwischen der Willensbetätigung und dem Erfolgswillen.

1. Die Definition durch ein kondizionales Verhältnis zwischen Betätigung und Erfolg.

§ 4.

a. Der Versuch als Ursache des Erfolges.

Eine individuelle Lehre der ersten Art hat *Birkmeyer* aufgestellt. Er behandelt unser Problem vorübergehend in seiner Lehre von der Teilnahme,[1]) indem er an den Begriff der Ausführung anknüpft, welchen das deutsche Strafgesetz zur Definition der Teilnahme wie zur Definition des Versuchs verwendet. Die Ausführung ist

[1]) p. 95 ff.

nun nach *Birkmeyer* diejenige Handlung, „welche als die Ursache des gesetzlich verpönten Erfolges zu betrachten ist.“ Diese Definition wird auf zwei selbständige Gedankengänge gestützt:

Die Rechtsordnung, so argumentiert *Birkmeyer,* drohe ihre Strafen an, um rechtswidrige Erfolge zu verhüten. Sie müsse daher, um diesen Zweck zu erreichen, ihre Strafen demjenigen Subjekt androhen, der die Ursache zu dem von ihr perhorreszierten Erfolge setze. Und dieses Subjekt sei hinwiederum vom Gesetze gemeint, wenn es technisch spreche von demjenigen, der ein Verbrechen ausführt.

„Zu dem nämlichen Resultat gelangen wir auch, — so fährt *Birkmeyer* fort — wenn wir vom § 43[1]) ausgehen. Denn die Worte desselben „„wenn das beabsichtigte Verbrechen nicht zur Vollendung gekommen ist““ wollen, wie uns seine Entstehungsgeschichte zeigt, nichts anderes sagen als „„wenn das beabsichtigte Verbrechen nicht vollständig ausgeführt worden ist,““ so daß wiederum derjenige das Verbrechen ausführt, welcher es zur Vollendung führt, d. h. den verbrecherischen Erfolg verursacht, und also derjenige das Verbrechen versucht, der mit der verursachenden Tätigkeit begonnen hat.“

Was heißt aber Verursachung? Dieser Begriff wird in sehr verschiedenem Sinne gebraucht und häufig nicht in korrekter Weise. Nach der richtigen Auffassung ist die Ursache einer Veränderung zu definieren als der Zustand, auf welchen diese Veränderung nach einem unabänderlichen Gesetze folgt Die Ursache kann also auch charakterisiert werden als der Inbegriff aller Zustände, welche die Bedingungen für diese Veränderung sind. Und damit ist zugleich gesagt, daß das ursächliche Verhältnis oder der Causalzusammenhang gleichbedeutend ist mit der Summe der Bedingungsverhältnisse oder Kondizionalzusammenhänge.[2])

[1]) Des deutschen Strafgesetzbuchs.

[2]) So John Stuart-Mill in seinem System der deduktiven und induktiven Logik, Bd. II, p. 21; Schopenhauer, über den Satz vom Grunde, 2. A. p. 34. — abw z. B. Binding (Normen, I, 2. A. p. 116), welcher die Ursache definiert als diejenige Bedingung, durch welche die dem Erfolg günstigen Umstände das Uebergewicht über die ihm widerstrebenden erhalten, — oder v. Kries (l. c. p. 179 ff., 287 ff., 393 ff), der eine Bedingung als Ursache bezeichnet, wenn sie generell geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen. Die neueste Orientierung über diese Fragen gibt Träger in seiner Schrift: Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht.

Diesen Ursachenbegriff können wir nun *Birkmeyers* Definition nicht zu Grunde legen. Denn die Willensbestätigung eines Menschen — und eine solche ist die Ausführung — enthält niemals alle Bedingungen eines Erfolges, setzt vielmehr andere bedingende Zustände in der Außenwelt voraus.[1])

Und in der Tat vertritt auch *Birkmeyer* einen ganz andern Ursachenbegriff: Ihm ist die Ursache nicht die Gesamtheit der Bedingungen, sondern nur eine unter den andern ausgezeichnete, nämlich die wirksamste Bedingung.[2])

Diese Definition ist aber unhaltbar, weil es eine wirksamste Bedingung nicht gibt:

Der Vergleich der einzelnen Bedingungen nach ihrer Wirksamkeit beruht auf der Vorstellung einer Kraft, welche den einzelnen Bedingungen in verschiedenem Grade innewohnt. Es gibt nun einen vulgären und einen wissentlichen Kraftbegriff. Der vulgäre Kraftbegriff entsteht aus dem Bewußtsein der Anstrengung, welche jede von unsern gewollten Körperbewegungen begleitet. Diese Anstrengung ist nun für die naive Betrachtungsweise der Vorgang des Erzeugens, das Medium, welches die körperliche Aktion aus dem Gedanken hervorbringt. Und nachdem die Kausalität bei dem Vorgang der Willensbetätigung mit einer Kraftanstrengung identifiziert ist, wird diese Anschauungsweise antropomorph auf die kausalen Vorgänge der Außenwelt übertragen; jede Verursachung wird aufgefaßt als eine Kraftanstrengung. So wird z. B. die Erde, wenn sie einen Körper anzieht, vorgestellt als eine Kraft auslösend. —

[1]) Eine nähere philosophische Begründung dieses Satzes ist entbehrlich, weil Birkmeyer unsern Ursachenbegriff gar nicht anerkennt. Es sei nur angedeutet, daß eine derartige Begründung von dem folgenden Gedankengang auszugehen hätte: Eine Willensbetätigung ist eine Körperbewegung. Der durch eine Willensbetätigung hervorzurufende Erfolg ist nun entweder eine Veränderung an einem äußeren Gegenstand oder am menschlichen Körper selbst. Im ersten Fall wird schon in der Existenz des äußeren Gegenstandes, welcher Träger der Veränderung werden soll, eine von der Willensbetätigung unabhängige Bedingung vorausgesetzt. Im zweiten Fall ist zu bedenken, daß eine Veränderung an einem Körper nicht allein durch sich selbst eine andersartige Veränderung an diesem selben Körper hervorrufen kann, ohne gegen das Gesetz der Beharrung zu verstoßen (vgl. Lipps Logik, No. 310).

[2]) Ursachenbegriff und Kausalzusammenhang, 1885, im Gerichtssaal Bd. 37, p. 257 ff.

Von dem vulgären ist der wissenschaftliche Kraftbegriff zu unterscheiden. Er will nicht wie jener die Kausalität erklären und sie der Wahrnehmung erschließen, sondern er bedeutet nichts weiter als eine besondere Art der Kausalität. Die Kraft ist nämlich hier diejenige Verursachung, welche in einer qualitativ sich gleich bleibenden Veränderung von meßbarer Größe in die Erscheinung tritt. So versteht man unter der Anziehungskraft der Erde dasjenige kausale Gesetz, nach welchem ein freischwebender Körper sich der Erde mit einer gewissen meßbaren Geschwindigkeit nähert.[1])

Aus diesen Bedeutungen des Kraftbegriffs ergibt sich sofort, daß er für eine Versuchsdefinition nicht verwendbar ist. Das folgt für den wissenschaftlichen Kraftbegriff schon daraus, daß es viele Delikte gibt, deren Erfolg nicht in einer gleichartigen meßbaren Veränderung besteht; man denke an das Delikt der Tötung oder der Körperverletzung. Der vulgäre Kraftbegriff ferner ist schon deshalb zu verwerfen, weil er keine wissenschaftliche Erkenntnis, sondern nur eine bildliche Darstellungsweise enthält.[2]) Aber es gibt noch einen dritten Grund, aus welchem der Begriff der Kraft, mag er in seinem gewöhnlichen oder in seinem technischen Sinne genommen werden, nicht als konstitutives Merkmal des Versuchs zu verwerten iet. Die Kraft repräsentiert nach beiden Auffassungen die Verursachung, also die Gesamtheit der Bedingungsverhältnisse und nicht einen einzelnen Kondizionalzusammenhang; die Kraft verbindet sich folglich mit der Ursache und nicht mit einer einzelnen Bedingung. Mit dieser Erkenntnis aber würde man sich in Widerspruch setzen, wenn man einzelne Bedingungen durch die ihnen allein innewohnende Kraft als die für den Versuch charakteristischen Bedingungen auszeichnen wollte. Und eben aus diesem Grunde folgt die Unrichtigkeit von *Birkmeyers* Voraussetzung, daß man eine wirksamste Bedingung isolieren könne, welche eine größere Kraft in sich enthalte als die andern; diese Voraussetzung

[1]) vgl. Lipps, Logik, l. c. No. 164 166.

[2]) Wir erkennen die Kausalität lediglich als ein Naturgesetz; s. Schopenhauer, über den Satz vom Grunde, 2. A. p. 44—45: „Die Norm, welche eine Naturkraft, hinsichtlich ihrer Erscheinung an der Kette der Ursachen und Wirkungen befolgt, also das Band, welches sie mit dieser verknüpft, ist das Naturgesetz."

ist mit dem entwickelten Kraftbegriff, sowohl in seiner ersten wie in seiner zweiten Form, unvereinbar.

Es ist klar, aus welchem Gedankengang sich *Birkmeyers* Ursachentheorie entwickelt hat. Sie ist ausgegangen von dem Fall, wo die Verursachung des Erfolgs eine Kraft im wissenschaftlichen Sinne darstellt und wozu gleich di- Veränderung, die den Erfolg bildet, von den einzelnen Bedingungen in der Art abhängig ist, daß sie beim Wegfall der einen oder der andern Bedingung nur quantitativ, nicht aber qualitativ eine andere wird. Man denke an einen Eisenkörper, der in derselben Richtung durch einen Magneten und durch die Erde angezogen wird. Nach der geschilderten Auffassung würde man hier die Erde als die wirksamere Bedingung der resoltierenden Anziehung dann bezeichnen, wenn die Erde ohne den Magneten jenem Körper eine größere Geschwindigkeit verliehen hätte als der Magnet ohne die Erde. Unter zwei Bedingungen wäre also diejenige die wirksamere, bei deren Wegfall unter sonst gleich bleibenden Voraussetzungen der geringere Teil der Veränderungsgröße des Erfolgs zustande käme. Und man glaubt, daß man auf diese Weise eine Bedingung auszeichnen könne, welcher eine größere Kraft als allen andern beiwohne. Aber darin liegt der Fehler dieser Auffassung: Nicht die eine Bedingung hat eine größere Kraft als die andere, sondern der Inbegriff aller Bedingungen weniger einer hat eine größere Kraft als der Inbegriff aller Bedingungen weniger einer andern. Die einzelne isolierte Bedingung hat an sich allein überhaupt keine Kraft, und deshalb kann sie auch nicht wirksamer sein als eine andere.

§ 5.

b. Der Versuch als Grund des Erfolges.

Zu denjenigen Theorien, welche den Versuch durch eine Art des kondizionalen Zusammenhangs zwischen der Willensbetätigung und dem Erfolg zu bestimmen suchen, ist auch die Lehre von *Cohn*[1]) zu rechnen.

Er baut seine Doctrin auf den Begriffen zweier kondizionaler Verhältnisse auf, deren eines er als die Relation von Ursache und Wirkung und deren anderes er als die Relation von Grund und

[1]) Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen, p. 341 ff.; die Grundsätze über den Tatbestand der Verbrechen, § 1, p. 1 ff.

Folge bezeichnet. „Den Unterschied beider Begriffe", sagt *Cohn*, „sehe ich darin, daß die Ursache eine Veränderung schafft, der Grund nur ihren Eintritt ermöglicht. Aus der Ursache geht daher die Wirkung mit Notwendigkeit hervor, während die Folge aus dem Grunde nur entspringen kann. Nun gehören aber die Begriffe der Notwendigkeit und der Möglichkeit nicht der Wirklichkeit, sondern der Abstraktion an. Die Notwendigkeit drückt die Unmöglichkeit des Eintritts oder des Ausbleibens einer Veränderung in abstracto aus; die Möglichkeit bildet dazu den Gegensatz nach der einen und anderen Richtung. Unter Grund werden wir daher den Umstand zu verstehen haben, der eine Veränderung in abstracto hervorrufen kann, unter Ursache den, der sie hervorrufen muß." Die aufgestellten Begriffe werden dann am Tatbestande des Mordes in folgender Weise exemplifiziert: „Bei dem Verbrechen des Mordes verhält sich die verbrecherische Tat zum vollendeten Verbrechen jederzeit wie der Grund zur Folge. Welche Wege man auch immer einschlagen mag, um ein Menschenleben zu vernichten, man kann den Tod nicht schaffen, sondern nur dessen Eintritt ermöglichen ..... Wir überzeugen uns aber von der Unzulässigkeit der herrschenden Lehre, die verbrecherische Handlung als Ursache des Todes zu betrachten, noch von einem zweiten Gesichtspunkte aus. Ist das Verhältnis von Ursache und Wirkung ein notwendiges, so müßte, wenn die verbrecherische Handlung die Ursache enthielte, die Tat die Wirkung in sich schließen. Wie mit dem Brechen eines Gegenstandes der Bruch eintritt, ganz ebenso müßte sich mit dem Schuß die Vernichtung des Lebens vollzogen haben. Die Handlung kann daher nur als Grund für eine Todesursache in Betracht kommen." Bietet der Mord ein Beispiel für eine Handlung, welche sich zu dem von ihr bedingten Ereignis wie Grund zu Folge verhält, so kann auf der anderen Seite nach *Cohn* eine verursachende Handlung beim Tatbestande der Sachbeschädigung im Abschneiden junger Obstbäume, beim Tatbestande des Landesverrats im Zersägen einer Brücke konstatiert werden, weil in diesen beiden Fällen die Tat die Wirkung in sich schließt.

Aus diesen Ausführungen geht zunächst hervor, daß *Cohn* den Begriff der Ursache nicht in seinem korrekten Sinne faßt, in welchem er die Gesamtheit der Bedingungen für ein Ereignis bedeutet. Denn aus den zuletzt angeführten Beispielen geht hervor, daß ihm eine

einzelne Handlung als Ursache einer Veränderung gelten kann.[1]) Aber das ist lediglich eine terminologische Frage.

Weil nun bei *Cohn* diejenige Handlung Ursache ist, welche eine Veränderung mit Notwendigkeit hervorbringt, so ist unter der Ursache einer Veränderung nichts anderes als ihre letzte Bedingung zu verstehen, weil erst mit ihr, wie sich aus ihrem Begriff ergibt, der Eintritt des Erfolges notwendig wird und in diesem speziellen, wenn auch nicht korrekten Sinne gesagt werden kann, daß sie den Erfolg mit Notwendigkeit herbeiführt.[2]) Auf der Grundlage dieser beiden kondizionalen Begriffe wird nun die Lehre aufgestellt, daß ein Versuch nur eine solche Handlung sein könne, die mit dem Deliktserfolg in der Relation von Grund und Folge stehe. Damit verbindet sich die Meinung, daß gewisse Delikte nur durch Setzung eines Grundes, andere nur durch Setzung der Ursache und wieder andere in beiden Formen begangen werden könnten. Und auf diese Weise gelangt *Cohn* zu den folgenden Sätzen: Der Versuch sei bei denjenigen Verbrechen ausgeschlossen, welche die Begehungsweise durch das Verhältnis von Grund und Folge unbedingt ablehnten, er sei bedingungslos möglich bei denen, welche sie ausnahmslos erforderten, und endlich bedingt bei denen, welche sie weder unbedingt ablehnten noch unbedingt erforderten.

Welche Konsequenzen, so fragen wir jetzt, ergeben sich aus dieser Lehre für die begriffliche Grenze der Vorbereitung? *Cohn* hat in seinen zitierten Arbeiten eine Definition dieser Grenze nicht gegeben. Insbesondere ist die Relation von Grund und Folge wohl als Wesensmerkmal des Versuchs, nicht aber als Unterscheidungsmerkmal des Versuchs gegenüber der Vorbereitung aufgestellt, sodaß

---

[1]) cf. p. 28 oben.

[2]) vgl. Schopenhauer, über den Satz vom Grunde, 2. A. p. 34: „Daß, wenn ein Zustand, um Bedingung zum Eintritt eines neuen zu sein, alle Bestimmungen bis auf eine enthält, man diese eine, wenn sie jetzt noch, also zuletzt, hinzutritt, die Ursache κατ' εξοχην nennen will, ist zwar insofern richtig, als man sich dabei an die letzte, hier allerdings entscheidende Veränderung hält; davon abgesehen aber hat, für die Feststellung der ursächlichen Verbindung der Dinge im allgemeinen, eine Bestimmung des kausalen Zustandes, dadurch, daß sie die letzte ist, die hinzutritt, vor den übrigen nichts voraus". . . . „Bei genauerer Betrachtung hingegen finden wir, daß der ganze Zustand die Ursache des folgenden ist, wobei es im wesentlichen einerlei ist, in welcher Zeitfolge seine Bestimmungen zusammengekommen seien."

vorerst nicht ausgeschlossen ist, daß auch die Vorbereitung als Grund des Deliktserfolges erscheine. Offenbar hat *Cohn* die Definition der Vorbereitung dem zweiten Bande seines Hauptwerks vorbehalten, welcher die dogmatische Entwicklung zu ihrem Abschluß bringen sollte.[1]) Allein aus den dargestellten Sätzen seiner Theorie läßt sich schon der Begriff der Vorbereitung deduzieren, und zwar in folgender Weise:

Wir gehen davon aus, daß bei den Delikten, welche nach *Cohn* nur durch Setzung der Ursache begangen werden können, unzählige Handlungen denkbar sind, welche Bedingungen des Deliktserfolges darstellen, ohne letzte Bedingungen zu sein. Hierher gehört z. B. das Schreiben des beleidigenden Briefs bei der Beleidigung oder das Betreten des zu religiösen Versammlungen bestimmten Ortes beim Kanzelmißbrauch, zwei Deliktsarten, bei welchen *Cohn* nur die Begehungsweise durch das Verhältnis von Ursache zu Wirkung für möglich hält. Weil aber solche bedingende Handlungen auch nicht einen Grund des Deliktserfolges darstellen können, indem die Relation von Grund und Folge bei diesen Delikten begrifflich ausgeschlossen sein soll, so sind sie Vorbereitungshandlungen, und so muß die Vorbereitung mit logischer Notwendigkeit dahin bestimmt werden, daß sie weder Grund noch Ursache, dennoch aber Bedingung des Deliktserfolges ist. — Nun wird der Grund dadurch charakterisiert, daß er den Eintritt einer Veränderung ermöglicht.[2]) Diese Eigenschaft kommt aber per definitionem einer jeden Bedingung ohne Ausnahme zu. Es gibt daher keine Bedingung, welche weder Grund noch Ursache ist, und damit fällt der eben abgeleitete Begriff der Vorbereitung in sich zusammen. Demnach wäre die letzte Konsequenz dieser Lehre die, daß es eine Vorbereitungshandlung nicht gebe und daß deshalb eine jede unterbrochene Handlung als Versuch strafbar sei. Dieses Resultat widerspräche aber dem Gesetz, welches nach unserer Interpretation[3]) neben dem Versuch eine Vorbereitung anerkennt. Die Unhaltbarkeit von *Cohns* Theorie ergibt sich aber nicht erst aus ihren Konsequenzen, sondern bereits aus ihrem Inhalt selbst:

Zunächst findet sich in den Gesetzen, welche wir betrachtet

[1]) Zur Lehre vom versuchten und vollendeten Verbrechen, p. 692.

[2]) s. die oben p. 32 f. zitierte Stelle.

[3]) s. o. p. 18 ff., 22 ff.

haben, nicht ein einziges Delikt, bei welchem die menschliche Handlung nur als Ursache, d. i. als letzte Bedingung und nicht als ein früherer kondizionaler Zustand erscheinen könnte. Und es wird auch nicht möglich sein, solche Delikte zu konstruieren. Jedes Delikt nämlich, welches Ursache und Wirkung enthält, besteht in der Herbeiführung eines Erfolges. Mögen wir nun den Begriff des Erfolges und der ihn bedingenden Handlung noch so eng umgrenzen, niemals werden wir doch auf Grund unseres beschränkten empirischen Wissens zu der negativen Erkenntnis gelangen, daß der betreffende Erfolg nach den gegebenen Naturgesetzen niemals durch eine Verkettung von Umständen herbeigeführt werden könne, in welcher eine menschliche Handlung in Kondizionalzusammenhang mit ihm stehe, ohne seine letzte Bedingung zu sein. Dies zeigt sich deutlich gerade an den Beispielen, welche *Cohn* für solche Delikte angibt, welche nur die Begehungsweise durch das Verhältnis von Ursache und Wirkung zulassen sollen. So kann bei der Beleidigung, beim Landesverrat, beim Kanzelmißbrauch die letzte Handlung darin bestehen, daß ein beleidigendes, verräterisches oder den öffentlichen Frieden gefährdendes Schriftstück dem Boten für den Adressaten eingehändigt wird. Und doch müssen zu dieser Handlung noch andere, äußere Bedingungen hinzutreten, wenn der Deliktserfolg sich verwirklichen soll. Ebenso ist mit dem Besteigen eines Auswandrerschiffes wohl die deliktische Handlung, aber noch nicht die Verletzung der Wehrpflicht vollendet. Auch kann der Hausfriedensbruch in der Weise begangen werden, daß man ein Fahrzeug in Bewegung setzt, mit welchem man in das fremde Besitztum einfährt.

Aber selbst wenn es solche Delikte gäbe, welche nur durch Setzung der Ursache begangen werden könnten, so würde sich *Cohn* auch darin im Irrtum befinden, daß er bei diesen Delikten den Versuch für ausgeschlossen hält Allerdings kann ein Versuch nicht durch eine Handlung begangen werden, welche die wirkliche Ursache des Deliktserfolges setzt, aus dem einfachen Grunde, weil eine solche Handlung das Delikt vollendet. Wohl aber ist hier ein Versuch durch eine Handlung denkbar, welche von dem Täter als die Ursache vorgestellt wird, während sie es in Wirklichkeit nicht ist; auch wer die Ursache zu setzen vermeint, kann den Erfolg verfehlen. Dies hat *Cohn* nur deshalb übersehen können, weil er inkorrekterweise sich die Wirkung nicht als das Consequens, sondern als den

Inhalt der verursachenden Willensbetätigung vorstellt. Deshalb kann er die verursachende Willensbetätigung von ihrer Wirkung gar nicht mehr trennen und kann sich keine Betätigung mehr denken, welche ihre Wirkung verfehlt. Diese irrige Vorstellung zeigt sich am greifbarsten an einer Stelle,[1]) wo er die Handlung des Abreißens von öffentlichen Bekanntmachungen analysiert. Hier sagt er: „Unter der Voraussetzung, daß die Handlung der gesetzlichen Charakteristik entspricht, macht sich mit jedem Akte, mit welchem der Wille in die Außenwelt übertritt, seine Wirksamkeit kenntlich. Kein Reißen ohne Riß. Die Summe der Akte bringt mithin nicht eine Wirkung hervor, welche der einzelne Akt hervorzurufen nicht im Stande wäre, sondern sie vermehrt nur den Umfang der Wirkung, die mit jedem einzelnen Akte eintritt. Wenn wir daher vom „„Abreißen““ sprechen, so sagen wir damit nicht, daß zu der Tätigkeit des Reißens eine Wirkung hinzutreten müßte, um einen von der Handlung des Reißens verschiedenen Tatbestand zu erfüllen, sondern wir bezeichnen damit nur eine fortgesetzte Tätigkeit, die Summe der einzelnen Addenden, die erforderlich ist, um den Tatbestand in seinem vollsten Umfang ins Leben zu rufen.“ Hier wird mit aller Deutlichkeit die Wirkung des Abgerissen-Seins mit der sie verursachenden Willensbetätigung identifiziert. Die gewollte Körperbewegung selbst wird als das „Reißen“ aufgefaßt, während sie höchstens in retrospektiver Betrachtung so bezeichnet werden kann, wenn sie ihren Erfolg erreicht, indem man sie jetzt nicht mehr nach ihrer sinnlichen Erscheinung, sondern nach ihrem unmittelbaren Erfolge charakterisiert. Die Wirkung ist ein accidens, nicht aber ein essentiale der Handlung, welche wirken soll; indem sie aber *Cohn* als ein essentiale denkt, wird das Fehlschlagen einer gewollten Verursachung für ihn undenkbar.

§ 6.

c. Der Versuch als bewegte Bedingung des Erfolges.

Neben *Birkmeyer* und *Cohn* hat es endlich auch *Horn*[2]) unternommen, den Versuch durch ein besonderes kondizionales Verhältnis zwischen Betätigung und Erfolg zu definieren. Seine Theorie nimmt ihren Ausgangspunkt von einer besonderen Ursachenlehre, welche im

[1]) Grundsätze über den Tatbestand der Verbrechen p. 9.
[2]) l. c. p. 310.

Umriß in folgender Weise dargestellt wird: „Ursache ist uns bei der vollendeten Tat von den zu ihrer Erzeugung im allgemeinen förderlichen Körperaktionen nur diejenige, die sie im Sinne unsrer früheren Entwicklungen[1]) bewirkt, erzeugt. Ich fand in jenen Erörterungen, mich anschließend an einen in der Naturwissenschaft sich entwickelnden Gedankengang, eine wirkende Ursache nur in der aktuellen Bewegung (virtuellen, lebendigen Kraft), die sich in die „„Erfolg"" genannte Veränderung hinein lebendig erstreckt, die Bedingung aber in bloßen Zuständen, Verhältnissen und blos erst potentiellen Energieen (latenten Kräften, Gleichgewichtszuständen), deren lebendiger Einfluß auf den Erfolg nur dann eintritt, wenn eine lebendige Kraft ihn verwertet, ihn heranzieht. Was dann die verursachende Kraft der Psyche anbetrifft, die wir für das Strafrecht und die Rechtsprechung gemäß der allgemeinen Meinung (und vorbehaltlich einer Erklärung derselben durch Philosophie und Metaphysik) als unentbehrliches Postulat hinstellten, so kann sich dieselbe vermittelst der Körpertätigkeit in dreifacher Richtung auf den Erfolg beziehen. Der einfachste Fall ist der, daß die Körperbewegung selber den Tatbestand darstellt, sodann der andere, daß dieselbe, um mit ihrer Wirkung im Erfolge zu erscheinen, andere, äußere Ursachen in Bewegung setzen muß, die den Erfolg dann allein oder zusammen mit anderen Kräften bewirken, und endlich der dritte, daß die Leibes- und Willensaktion dominium causae setzt, d. h. eine bloße Bedingung im obenbezeichneten Sinn für das Eingreifen fremder lebendiger Kräfte in der Richtung setzt, daß nun zufolge dieses „„„Bedingung-Setzens"" eine bestimmte Veränderung der Außenwelt zustande kommt — Es ergibt sich aus dieser kurzen Rekapitulation meiner Ursachentheorie ohne weiteres, daß der Erfolg nicht durch jede für seine Herbeiführung nützliche Körperaktion zugleich verursacht wird. Auszuscheiden sind alle diejenigen der letzten Aktion vorausgehenden Handlungen, deren Einfluß auf den Erfolg davon abhängt, daß der Handelnde sie für die Herbeiführung des Erfolgs erst durch Vornahme der Schlußaktion verwerten muß."

Der Gedanken dieser Lehre ist also präzisiert der folgende:[1])

---

[1]) Horn bezieht sich hier auf seine Abhandlung über „Kausalität und Wirken" im Gerichtssaal Bd. 54, p. 321 ff.

[2]) Man vergleiche die Erläuterung der zitierten Sätze in den weiteren Ausführungen l. c. p. 316—317.

Unter den Bedingungen einer Veränderung kann zunächst diejenige ausgezeichnet werden, welche als die zeitlich letzte eintritt und deshalb die Veränderung zeitlich unmittelbar zur Folge hat. Diese letzte Bedingung ist aber selbst eine Veränderung und tritt nur ein, wenn alle ihre kondizionalen Momente gegeben sind; und unter diesen kann wieder eine letzte Bedingung ausgesondert werden. In dieser Weise ist ein jeder Erfolg an eine Kette von Bedingungen geknüpft, die in ununterbrochener Veränderung successiv ineinander übergehn und welche daher im Gegensatz zu den übrigen kondizionalen Elementen niemals das Bild von ruhenden, sondern stets nur von bewegten Zuständen bieten. Durch die fragliche Kausalitätslehre wird nun diese bewegte Bedingsreihe unter den gesamten Bedingungsverkettungen als die Ursachenreihe hervorgehoben und eine jede bewegte Bedingung, welche in sie eingegliedert ist, als eine Ursache des Erfolges bezeichnet.

Insoweit diese Definition auf der Auffassung der Ursache als einer in der aktuellen Bewegung liegenden Wirkung, als einer virtuellen, lebendigen Kraft beruht, ist sie verfehlt. Das ergibt sich unmittelbar aus der Erkenntnis über den Kraftbegriff, die wir bei der Kritik von *Birkmeyers* Kausalitätslehre gewonnen haben.[1]) Wir haben nämlich dort festgestellt, daß die Idee einer Kraft einmal für die vulgäre Auffassung nur eine bildliche Darstellung der Kausalität bedeutet und dann in einem wissenschaftlichen Sinn eine spezielle Kausalität von gegebenen Artmerkmalen repräsentiert, welche nicht notwendig in den Bedingungszusammenhängen eines jeden Erfolgs in die Erscheinung tritt, nnd endlich von beiden Gesichtspunkten aus nur die Gesamtheit der Bedingungsverhältnisse und nicht einen einzelnen Kondizionalzusammenhang charakterisiert.[2]) Während aber die Versuchstheorie *Birkmeyers* mit dem Kraftbegriff fallen mußte, weil sie die Ursache als konstitutives Element des Versuchs auffaßte und die Ursache wiederum durch den Kraftbegriff definierte, ist die Lehre von *Horn* noch nicht aus dem Grunde zu verwerfen, weil sie die Verursachung auf die Idee der Kraft zurückführt. Denn diese Idee dient hier nur zur materiellen Begründung der Ursachendefinition;

[1]) s. o. p. 29 ff.

[2]) Die richtige Ursachendefinition ist o. p. 28 gegeben; s. auch die p. 33 zitierte Stelle aus Schopenhauer.

formell ist die begriffliche Bestimmung der Ursache völlig unabhängig von ihr, indem die Kausalität als die Beziehung der bewegten Bedingungen zum Erfolge bestimmt wird. Wenn sich also herausstellt, daß die materielle Grundlage der Ursachendefinition nicht auch die Grundlage für die Konstruktion des Versuchs bildet, so kann die Bezeichnung der bewegten Bedingung als Ursache in diesem Zusammenhang nur Gegenstand einer terminologischen Streitfrage werden. Daraus ergibt sich, daß die Kritik von *Horns* System lediglich in der Prüfung der Frage bestehen wird: in welcher Weise aus der Natur einer Handlung als einer bewegten Bedingung des Erfolges ihre Strafwürdigheit abgeleitet werden kann. Betrachten wir, in welcher Weise *Horn* diese Deduktion unternimmt.

Seine Versuchstheorie ist nach ihren wesentlichen Zügen in folgenden Sätzen enthalten:[1])

„Eine objektive Theorie muß sich nach einer besonderen Gefahr umsehen, die sich als ein besonderer Tatbestand, als ein besonderer Erfolg des im Versuche handelnden Gesetzesfeindes charakterisiert. Und zwar muß diese Gefahr der Handlung ankleben, nicht blos aus der Beschaffenheit des Vorsatzes eruiert werden, womit aber keineswegs zugleich gesagt werden soll, daß Inhalt und Beschaffenheit des Vorsatzes überhaupt für die Annahme einer solchen Gefahr gar nicht in Betracht zu ziehen seien."

„Welches ist nun diese besondere im Versuch gegebene Gefahr? Da der Ablauf der Versuchshandlung zeigt, daß im konkreten Fall objektiv eigentlich keine Gefahr des Erfolgs begründet war, und eine alles voraussehende Intelligenz schon vor der Tat ihre völlige objektive Gefahrlosigkeit in concreto hätte voraussehen können, so kann man von einer concreten Gefahr jedenfalls nur in dem Sinne sprechen, daß für die unterstellte Betrachtung eines Beobachters der Handlung, der nicht in der Lage war, ihren Ablauf vorauszusehen, die Besorgnis der Gefahr begründet war oder gewesen wäre. Eine objektive Gefährlichkeit aber wird offenbar nur insofern angenommen werden hönnen, als nach wissenschaftlicher Anschauung gewisse Geschehnisse zufolge ihrer allgemeinen begrifflichen oder erfahrungsgemäßen Beschaffenheit sehr oft solche schädliche Erfolge, wie sie das Strafrecht im Auge hat,

[1]) l c. p. 313—314.

hervorbringen und als sie sonach die Fähigkeit, die Möglichkeit dieser Wirkung in abstracto in sich bergen."

„Nach meiner Meinung ist es nun diese doppelte Gefährlichkeit, die in abstracto objektive und die subjektiv als „„Bedrohlichkeit"" aufzufassende konkrete Gefährlichkeit einer den vorgesetzten Erfolg nicht erreichenden Handlung, die den für deren Bestrafung als „„Versuchsdelikt"" maßgebenden Rechtsgrund erbringt. Die abstrakte, objektive Gefahr genügt uns nicht, weil sie, wie wir sehen werden, auch bei dem untauglichen (konkret ungefährlichen) Versuch vorhanden ist, die andere — die konkrete Bedrohlichkeit — nicht, weil mit ihrer Hilfe allein sich eine feste, prinzipielle Abgrenzung des Versuchs gegen die Vorbereitungshandlung nicht vornehmen läßt."

„Mit der subjektiven Gefährlichkeit werde ich mich erst . . . später . . . näher zu beschäftigen haben. Hier, wo es sich zunächst um die Abgrenzung des Versuchsfeldes gegen die Vorbereitung handelt, ist vor allem die objektive abstrakte Gefährlichkeit der Handlung zu untersuchen, also die Frage, unter welchen Voraussetzungen einer Veranstaltung die Möglichkeit der Erfolgswirkung in abstracto innewohnt."

„Da nun, wie allgemein angenommen wird, in dieser Beziehung die Einteilung der Mittel in taugliche und untaugliche einen im Stiche läßt, so bleibt schwerlich eine andere Möglichkeit übrig, als die bereits auch von andern benützte, wonach in der „„Setzung von Ursachen"" jene objektive Gefährlichkeit gefunden wird."

Nun sei es wohl von vornherein klar, fährt *Horn* weiter, daß das Wort Ursache beim Versuch, wo der Erfolg des verbrecherischen Vorsatzes gerade ausgeschlossen sei, auch nur in abstracto gebraucht werden dürfe: „Wenn wir in der Versuchshandlung das Setzen einer Ursache für das vollendete Verbrechen verlangen, so können wir das natürlich nur in dem Sinne und in der Beschränkung, daß die vorgenommenen Körperaktionen von einer derartigen, allgemeinen Beschaffenheit sein sollen, wie wir sie beim vollendeten Verbrechen im Gegensatz zu blos fördernden Bedingungen als wirkende Ursachen kennen gelernt haben."

Wir sehen in diesen Sätzen, wie *Horn* einmal den Standpunkt einnimmt, daß die Strafwürdigkeit einer unterbrochenen Handlung

mit ihrer objektiven, abstrakten Gefährlichkeit gegeben sei, und wie er alsdann die objektiv, abstrakt gefährliche Handlung mit der Setzung einer generellen „Ursache“ in dem besonderen Sinne, welchen er diesem Begriffe beilegt, indentifiziert. Diese Gleichsetzung muß aber begründet werden, wenn die ganze Konstruktion zusammenhalten soll. Inwiefern, so fragen wir vor allem, kann die objektive, abstrakte Gefahr nur in der bewegten und niemals in der ruhenden Bedingung enthalten sein?

Den Nachweis für diese Position unternimmt *Horn* durch die folgenden Ausführungen, welche sich an den letzten der zitierten Sätze anschließen: „Mit dieser Forderung“, — daß nämlich die vorgenommene Körperaktion in genere Ursache des beabsichtigten Verbrechenserfolges sei, — „haben wir auch dem Postulate der abstrakten, objektiven Gefährlichkeit der Versuchshandlung, wodurch sie sich von bloßer Vorbereitung unterscheidet, Genüge getan. Diese Gefährlichkeit liegt prinzipiell nur darin, daß die Psyche mit ihrer Körperbewegung die Herrschaft aus den Händen gibt. Sie überläßt die Möglichkeit des Eintretens schädlicher Erfolge äußeren Mächten, Kräften, die von sich aus wirken, deren Wirken sie nicht erst nachträglich hervorruft oder dirigiert. Sie entäußert sich und ihren dolus im eigentlichen Wortsinne. Es ist erklärlich, daß ein vom dolus eingegebenes verbrecherisches Sinnen und Trachten von dem Augenblicke einer derartigen Entäußerung des dolus ab die Aufmerksamkeit der Strafrechtspflege auf sich ziehen muß und im allgemeinen, vorbehaltlich nährerer Präzisierung der strafwürdigen Fälle, als Grund zum strafrechtlichen Einschreiten dienen kann. Allerdings hat ja der Täter da, wo er zur Verwirklichung des Verbrechens eine Mehrheit sukzedierender Aktionen vornehmen muß, es häufig noch nach einer ersten „„ursächlichen““ Aktion in der Hand, ob er die den Erfolg herbeiführende Schlußaktion vornehmen will oder nicht. Aber der Gesetzgeber darf nach psychologischen Erfahrungen annehmen, daß derjenige, der seinen Vorsatz an wirkliche Ursachen in unserem Sinne entäußert, auch wo er jene Freiheit noch hat, sich ihrer entäußern wollte. Er darf den Anfang dieser Entäußerung hinsichtlich seiner abstrakten Gefährlichkeit derjenigen Handlung gleichstellen, mittelst derer der Handelnde das Schicksal seines Vorhabens endgiltig äußern Mächten und deren gefahrbringenden Kräften anheimstellt.“

Die falsche Grundvoraussetzung, das πρῶτον ψεῦδος dieser Beweisführung liegt in dem Gedanken, daß die Psyche mit der Körperbewegung die Herrschaft nur aus den Händen gebe, wenn sie eine Ursache d. i. eine bewegte Bedingung setze. Die Unrichtigkeit dieses Gedankens ergibt sich aus der folgenden Betrachtung:

Fragen wir uns zunächst, unter welchen Umständen ein Mensch eine Bedingung zu einem beabsichtigten Erfolge derart setzt, daß er die Herrschaft über den Verlauf der Ereignisse aufgibt, welche zu diesem Erfolg hinführen sollen, so ist eine doppelte Antwort möglich, je nach dem Sinn, den man diesem Begriff einer Herrschaftsentäußerung beilegt. Man kann nämlich diese Aufgabe der Herrschaft entweder davon abhängig machen, daß der Täter eine jede Macht der Einwirkung auf das Zustandekommen des Erfolgs verliert, oder wenigstens davon, daß das Eintreten des Erfolges nach dem Inbegriff menschlichen Wissens in der Weise möglich erscheint, daß der Täter keine weitere Bedingung setzt. Bei der einen wie bei der andern Deutung ergibt sich aber, daß eine Aufgabe der Herrschaft nicht nur durch eine Handlung denkbar ist, welche eine Ursache in *Horns* Sinne, d. i. eine bewegte Bedingung enthält. Wer z. B. im Frühjahr einen Schutzwald niederschlägt und dadurch den Lawinen den Weg in ein bewohntes Tal eröffnet, steht der Naturgewalt wehrlos gegenüber und vermag das drohende Unglück nicht mehr abzuwehren. Dennoch setzt er nur eine ruhende Bedingung des Erfolges und nicht eine Ursache im Sinne *Horns,* indem der gefährliche Zustand, den er schafft, nicht in ununterbrochener Verwandlung sich zum Erfolge hinbewegt, sondern unverändert bleibt. Und auch derjenige, der ein Kind am Meeresufer aussetzt, wo die Wellen es zur Zeit der Flut erreichen werden, verursacht nicht den Tod des Kindes nach der Auffassung der dargestellten Theorie, obwohl der Tod des Kindes ohne ein weiteres Zutun möglich erscheint.

So gelangen wir zu folgendem Schluß: Wenn auch manches dafür spricht, daß der Versuch von der Vorbereitung als eine objektiv, abstrakt gefährliche Handlung unterschieden werde und daß der Beginn der objektiven, abstrakten Gefährlichkeit in eins gesetzt werde mit der Aufgabe der Herrschaft, so ist doch die Aufgabe der Herrschaft unabhängig von der Natur einer Handlung als einer Ursache, d. i. einer bewegten Bedingung. Beide Begriffe sind nicht identisch, sondern sie kreuzen sich. Und deshalb kann der Versuch

nicht als Verursachung — wenn auch in generellem Sinne — definiert werden.

Weil aber durch diese Kritik gezeigt ist, daß die Konstruktion von *Horn* in ihren Fundamenten schwankt, so brauchen wir den Ausbau ihrer einzelnen Teile nicht zu betrachten.

2. Die Definition durch ein zeitliches Verhältnis zwischen Betätigung und Erfolg.

§ 7.

a. Der Versuch als letzte Betätigung.

Wir gelangen jetzt zu der zweiten Art der individuellen Theorien, bei welcher das Unterscheidungsmerkmal des Versuchs gegenüber der Vorbereitung in einem zeitlichen Verhältnis der Willensbetätigung zum Erfolg gefunden werden soll. *Champcommunal*[1]) hat ein solches Prinzip der Unterscheidung aufgestellt, wenn er es auch nicht rein durchführt, sondern mit einem zweiten Prinzip kombiniert. Er stellt nämlich zwei Erfordernisse für den Versuch auf: „Il faut 1° que l'acte commis présente un rapport direct et immédiat avec l'infraction que l'agent a en vue, 2° que ce rapport résulte de l'acte lui-même".

Das erste Merkmal wird an folgenden Beispielen erläutert: Wer Gift in die Speisen eines andern mischt, um ihn zu töten, begeht nur eine Vorbereitungshandlung, ebenso wie derjenige, der in mörderischer Absicht eine Waffe lädt. Aber wenn ein Diener, der seinen Herrn töten will, das Gift in ein Getränk schüttet, welches er für ihn bestimmt und an den Ort hinträgt, wo dieser es jeden Abend zu finden gewohnt ist, so fällt diese Tätigkeit unter die Ausführung. Und im Anschluß an diese Beispiele wird dieses erste Merkmal dahin präzisiert: „Pour que la tentative soit légalement caractérisée, il est nécessaire que l'agent n'ait plus rien à faire pour déterminer l'absorption". Damit ist der Versuch zeitlich als die letzte Willensbetätigung charakterisiert, welche — von einem objektiven Standpunkt aus betrachtet — als Bedingung des Erfolges notwendig ist. Dieses Resultat kann nur in einem doppelten Sinne gedeutet werden: Entweder ist unter der letzten Willensbetätigung exakt diejenige Betätigung zu verstehen, die unter den letzten, unendlich kleinen Zeitteil fällt. Dann ist das Problem von der Grenze

[1]) l. c. p. 55.

zwischen Vorbereitung und Versuch aufgehoben, statt gelöst; denn wenn nur die abgeschlossene kondizionale Willensbetätigung strafbar ist, gibt es keine strafbare unterbrochene Handlung mehr. Aber dieses Resultat widerspricht dem Gesetz, welches die freiwillig unterbrochene Handlung durch ausdrückliche Statuierung eines Privilegs für straflos erklärt[1]) und sich damit implicite zu dem Prinzip bekennt, daß auch unterbrochene Handlungen unter Strafe stehen können. Aber der von *Champcommunal* behauptete Satz läßt noch eine andere Interpretation zu. Man kann als die letzte Willensbetätigung auch eine Reihe successiver Betätigungen nach einem gegebenen Prinzip zu einer Einheit zusammenfassen. Allein es fragt sich dann sofort: Welches ist dieses Prinzip? Und gerade in seiner Feststellung konzentriert sich dann die hauptsächliche Schwierigkeit dieser Theorie. Indessen hat es *Champcommunal* nicht unternommen, diese Schwierigkeit zu lösen.

Zu diesem ersten Merkmal soll dann ein zweites hinzutreten: Die zeitliche Beziehung der Willensbetätigung als der letzten, welche zum Erfolge notwendig ist, soll aus der Handlung selber erkennbar sein. Diese Auffassung erinnert an eine andere Lehre, welche den Versuch dadurch charakterisiert, daß bei ihm schon aus der Handlung allein der bestimmte kriminelle Zweck hervorgehe; es ist die Theorie vom dolus ex re. Bei der Kritik dieser Theorie werden wir nun nachweisen, daß die Grenzen des Handlungsbegriffs, welcher bei dieser Methode zugrunde zu legen wäre, nicht festgestellt sind und überhaupt nicht festgestellt werden können. Und zugleich wird sich ergeben, daß dieses Resultat und seine Begründung ihrem Wesen entsprechend gleichmäßig Anwendung finden auf den Fall, wo aus der Handlung die dargelegte zeitliche Beziehung zwischen Willensbetätigung und Erfolg hervorgehen soll.

Wie *Champcommunal,* so hat auch *Gallet*[2]) den Versuch als Versuch als die letzte zum Erfolg notwendige Willensbetätigung des Handelnden gekennzeichnet; nur hat er nicht das zweite Merkmal, die Erkennbarkeit dieses zeitlichen Verhältnisses aus der Handlung selber, hinzugefügt und im übrigen seine Lehre durch umfassende Deduktionen auf gesetzlicher Grundlage zu stützen gesucht. Wir

[1]) St.G.B. § 46, c p. art. 2.
[2]) l. c. p. 159 ff.

müssen nun seine Lehre daraufhin prüfen, ob sie uns das bei *Champcommunal* fehlende Prinzip an die Hand gibt, nach welchem wir die letzten Willensbetätigungen zu einer einzigen Betätigung zusammenfassen können.

Gallet gründet sich auf das Gesetz von 1791. Hier ist seiner Ansicht nach ein Merkmal aufgestellt, durch welches sich der Versuch von der Vorbereitung unterscheidet, und die Auffassung dieses Gesetzes soll auch in die späteren Strafrechtsbücher übergegangen sein.

Wenn man auf die Vorarbeiten zum Code Pénal zurückgehe, sagt er, finde man allerdings keine Aufzählung derjenigen Willensbetätigungen, die der Gesetzgeber unter dem Begriff des „commencement d'exécution" habe zusammenfassen wollen. Aber man könne durch diese Vorarbeiten zu einer anderen wichtigen Erkenntnis gelangen, derjenigen nämlich, daß der Gesetzgeber nicht beabsichtigt habe, eine in allen Stücken neue Versuchstheorie aufzustellen, sondern lediglich, das bisherige System zu übernehmen. Der Gesetzgeber von 1810 mache die Formel und die Auffassung des früheren Gesetzgebers zu seiner eigenen. Und so frage sich, welches diese Auffassung gewesen sei. Nun habe zwar das Gesetz vom 22. Prärial IV, welches dem Code Pénal vorangegangen sei, das frühere Recht wesentlich verändert; aber man müsse genau beachten, auf welche Gegenstände sich diese Veränderung erstreckt habe. Im Gesetz von 1791 sei nur der Versuch zweier Delikte strafbar gewesen, der Versuch des Mords und der Vergiftung. Und deshalb frage sich der Gesetzgeber des Jahres IV, ob es nicht angemessen sei, diese selben Handlungen, die man beim Morde und bei der Vergiftung für strafbar halte, auch bei allen anderen Verbrechen für strafbar zu erklären. Es handle sich also nur darum, das Anwendungsgebiet des Versuchs zu erweitern, diesen selben Versuch in einer größeren Anzahl von Tatbeständen zu bestrafen. Das sei aber auch die ganze Veränderung. Am Begriffe des Versuches selbst solle nicht gerüttelt werden. Die Auffassung über den Versuch bleibe dieselbe und deshalb müsse man denn auch hier wiederum zur früheren Gesetzgebung aufsteigen, um zu bestimmen, welche Handlungen als Versuch strafbar seien.

„Mais cette fois nous nous trouvons en présence de solutions précises et se suffisant pleinement á elles-mêmes," so fährt *Gallet* fort. „Ce que le Code Pénal de 1791 punit, en effet, ce sont, nous

le savous, des faits matériels spécialement déterminés, étroitement décrits. A cet égard, on pourrait même dire que ce Code revient au procédé du droit primitif, iguorant á proprement parler une théorie de la tentative, counaissant plutôt des actes de tentative, prévus separément, comme autant de faits distincts et complets. La tentative d'assassinat, c'est l'attaque à la personne; la tentative d' empoisonnement, c'est l'administration du poison; c'est encore le mélange de ce poison aux aliments ou breuvages spécialement destinés á la victime (individu, famille, société, public). Le dessein de tuer, d'empoisonner étant établi, voilà quels sont les faits punissables, ce sont des actes matériellement précisés en dehors desquels il n'est pas de répression possible."

„Eh bien, ce sont ces mêmes faits qu'ont entendu punir et le législateur de prairial et celui de 1810. Toute la différence consiste, en ce que ces actes seront punis dorénavant d'une façon générale, quel que soit le crime voulu par l'agent; et voilà pourquoi le législateur ne peut plus reproduire les termes mêmes du Code de 1891 relatifs aux seules hypothèses d'assassinat et d'empoisonnement; il lui faut une expression plus vague, généralisatrice, il emploie alors celle de commencement d'exécution. Mais au fond et quant à la notion de la tentative, quant au moment précis où cette tentative tombe sons le coup de la loi, rien n'est changé: la tentative punissable, la seule punissable en matière d'empoisonnement, par exemple, c'est toujours l'administration du poison, ou encore le fait de mettre ce poison à la disposition de la victime, — nous justifierons la formule. Au cas de vol, d'incendie, etc, la tentative prend naissance par l'accomplissement d'actes équivalents, car c'est dans toutes les hypothèses évidemment, — sa formule étant unique, — la même notion de la tentative que le législateur entend consacrer, les mêmes faits qu'il entend punir."

„Voilà donc le système du Code et voilà comment, sous l'apparence d'une formule vague, se cache en réalité une allusion certaine à des faits clairement déterminés et précisés. Inutile, par conséquent, de chercher ici une nouvelle définition de la définition légale et de faire appel dans ce but, à quelque concept abstrait et scientifique du commencement d'exécution. Si la formule de la loi est imprécise à l'apparence, elle n'en correspond pas moins, au fond et dans la

réalité vraie, à des solutions très nettes; du Code de 1810 à celui de 1791 l'enchaînement des idées est certain, incontestable; il suffit pleinement à lui seul à l'interprétation du texte actuellement en vigueur."

Aber auch ohne auf die Vorarbeiten zum Code Pénal einzugehen, so fügt der Autor hinzu, muß man schon mit Notwendigkeit zu diesem Ergebnis gelangen, wenn man nur den Geist der Zeit, in welcher der Code Pénal entstand, und die damals herrschende Rechtsauffassung betrachtet. Es sei nicht möglich, urteilt *Gallet*, daß die Gesetzgeber jener Zeit sich damit hätten begnügen wollen, den Versuch durch den unbestimmten Begriff vom Anfang der Ausführung zu umschreiben. Denn dies würde soviel bedeutet haben, wie den Verzicht auf eine Definition. Ein solches Vorgehen könne jedoch am allerwenigsten den damaligen Gesetzgebern zugemutet werden. Denn ihre größte Sorge habe ja gerade darin bestanden, die Sicherheit der Bürger wieder herzustellen und der willkürlichen Rechtsprechung früherer Zeit ein Ziel zu setzen. Wollte man ihnen aber jene liberale Auffassung zuschreiben, so würde man wahrlich einen Anachronismus begehen.

Das gewonnene Ergebnis wird nun in der folgenden Weise entwickelt: „Ceci posé, il nous sera facile de préciser, en droit positif, les actes constitutifs de la tentative punissable. Pas de formule abstraite, pas de critérium légal dout il faille faire application; nous sommes en possession d'éléments de décision autrement infaillibles et pour ainsi dire d'exemples légaux, ceux prévus par le Code pénal de 1791. Et à la suite du législateur de 1810, nous n'avons qu'à les généraliser. — Et alors nous apercevons de suite qu'en réalité la loi a statué pour deux catégories d'hypothèses, correspoudant à deux formes, deux procédés d'action criminelle".

„Dans l'une, l'agent se propose d'accomplir lui-même tous les actes nécessaires à la réalisation de son crime, il entend par suite voir se produire immédiatement le résultat criminel qu'il désire, c'est le cas de l'assassin qui pour tuer se propose de donner un coup de poignard, de tirer un coup de pistolet. Dans l'autre forme d'action criminelle, le coupable entend bien se procurer les moyens d'action et les disposer, mais il entend terminer là son action personelle; l'acte final et décisif d'où sortiront, par la mise en oeuvre des moyens agencés, les conséquences criminelles voulues, cet acte

le savous, des faits matériels spécialement déterminés, étroitement décrits. A cet égard, on pourrait même dire que ce Code revient au procédé du droit primitif, iguorant á proprement parler une théorie de la tentative, counaissant plutôt des actes de tentative, prévus separément, comme autant de faits distincts et complets. La tentative d'assassinat, c'est l'attaque à la personne; la tentative d' empoisonnement, c'est l'administration du poison; c'est encore le mélange de ce poison aux aliments ou breuvages spécialement destinés á la victime (individu, famille, société, public). Le dessein de tuer, d'empoisonner étant établi, voilà quels sont les faits punissables, ce sout des actes matériellement précisés en dehors desquels il n'est pas de répression possible."

„Eh bien, ce sont ces mêmes faits qu'ont entendu punir et le législateur de prairial et celui de 1810. Toute la différence consiste, en ce que ces actes seront punis dorénavant d'une façon générale, quel que soit le crime voulu par l'agent; et voilà pourquoi le législateur ne peut plus reproduire les termes mêmes du Code de 1891 relatifs aux seules hypothèses d'assassinat et d'empoisonnement; il lui faut une expression plus vague, généralisatrice, il emploie alors celle de commencement d'exécution. Mais au fond et quant à la notion de la tentative, quant au moment précis où cette tentative tombe sons le coup de la loi, rien n'est changé: la tentative punissable, la seule punissable en matière d'empoisonnement, par exemple, c'est toujours l'administration du poison, ou encore le fait de mettre ce poison à la disposition de la victime, — nous justifierons la formule. Au cas de vol, d'incendie, etc, la tentative prend naissance par l'accomplissement d'actes équivalents, car c'est dans toutes les hypothèses évidemment, — sa formule étant unique, — la même notion de la tentative que le législateur entend cousacrer, les mêmes faits qu'il entend punir."

„Voilà donc le système du Code et voilà comment, sous l'apparence d'une formule vague, se cache en réalité une allusion certaine à des faits clairement déterminés et précisés. Inutile, par conséquent, de chercher ici une nouvelle définition de la définition légale et de faire appel dans ce but, à quelque concept abstrait et scientifique du commencement d'exécution. Si la formule de la loi est imprécise à l'apparence, elle n'en correspond pas moins, au fond et dans la

réalité vraie, à des solutions très nettes; du Code de 1810 à celui de 1791 l'enchaînement des idées est certain, incontestable; il suffit pleinement à lui seul à l'interprétation du texte actuellement en vigueur."

Aber auch ohne auf die Vorarbeiten zum Code Pénal einzugehen, so fügt der Autor hinzu, muß man schon mit Notwendigkeit zu diesem Ergebnis gelangen, wenn man nur den Geist der Zeit, in welcher der Code Pénal entstand, und die damals herrschende Rechtsauffassung betrachtet. Es sei nicht möglich, urteilt *Gallet*, daß die Gesetzgeber jener Zeit sich damit hätten begnügen wollen, den Versuch durch den unbestimmten Begriff vom Anfang der Ausführung zu umschreiben. Denn dies würde soviel bedeutet haben, wie den Verzicht auf eine Definition. Ein solches Vorgehen könne jedoch am allerwenigsten den damaligen Gesetzgebern zugemutet werden. Denn ihre größte Sorge habe ja gerade darin bestanden, die Sicherheit der Bürger wieder herzustellen und der willkürlichen Rechtsprechung früherer Zeit ein Ziel zu setzen. Wollte man ihnen aber jene liberale Auffassung zuschreiben, so würde man wahrlich einen Anachronismus begehen.

Das gewonnene Ergebnis wird nun in der folgenden Weise entwickelt: „Ceci posé, il nous sera facile de préciser, en droit positif, les actes constitutifs de la tentative punissable. Pas de formule abstraite, pas de critérium légal dout il faille faire application; nous sommes en possession d'éléments de décision autrement infaillibles et pour ainsi dire d'exemples légaux, ceux prévus par le Code pénal de 1791. Et à la suite du législateur de 1810, nous n'avons qu'à les généraliser. — Et alors nous apercevons de suite qu'en réalité la loi a statué pour deux catégories d'hypothèses, correspondant à deux formes, deux procédés d'action criminelle".

„Dans l'une, l'agent se propose d'accomplir lui-même tous les actes nécessaires à la réalisation de son crime, il entend par suite voir se produire immédiatement le résultat criminel qu'il désire, c'est le cas de l'assassin qui pour tuer se propose de donner un coup de poignard, de tirer un coup de pistolet. Dans l'autre forme d'action criminelle, le coupable entend bien se procurer les moyens d'action et les disposer, mais il entend terminer là son action personelle; l'acte final et décisif d'où sortiront, par la mise en oeuvre des moyens agencés, les conséquences criminelles voulues, cet acte

décisif est laissé par lui à l'intervention d'un facteur étranger, la victime elle-même: c'est le cas de l'empoisonneur qui, sans présenter lui-même à sa victime la coupe empoisonnée, la met à sa libre disposition, sachant et espérant bien qu'elle la prendra et s'administrera la boisson toxique. Ce sont là les deux hypothèses prévues implicitement par la loi. Quels sont donc dans l' une et dans l'autre les faits constitutifs du commencement d'exécution et par là même de la tentative?"

Diese beiden Kategorieen von Versuchsfällen werden dann getrennt behandelt: „Prenons le premier cas, celui où l'agent a résolu de poursuivre lui-même dans la totalité de ses phases l'exécution criminelle. Le Code de 1791 nous fournit deux exemples: en matière d'assassinat la tentative se caractérise par l'attaque de la personne, en matière d'empoisonnement par l'administration du poison, c'est encore l'attaque de la victime, les deux expressions correspondant à une même idée." Von dieser Erkenntnis aus, daß das entscheidende Merkmal des Versuchs der Angriff sei, wird in einer Reihe von Beispielen die Grenze zwischen Versuch und Vorbereitung konkret bestimmt. Hierauf wendet sich der Verfasser zur zweiten Kategorie: „Ici encore le Code pénal de 1791, en nous fournissant un exemple légal, nous indique la solution. La tentative d'empoisonnement réside, nous dit-il, non seulement dans l'administration du poison (ce qui est l'attaque à la victime), mais encore dans le mélange du poison aux aliments ou breuvages spécialement destinés soit à l'usage de la personne contre laquelle l'attentat était dirigé, soit à l'usage de toute une famille, société ou habitants d'une maison, soit à l'usage du public. Ce que la loi prévoit ainsi et punit à titre de tentative, c'est pouvons-nous dire, la mise du poison à la disposition de la victime". Wiederum zieht *Gallet* mehrere Beispiele an, um durch analoge Anwendung der gefundenen Regel von Fall zu Fall den Anfang der Ausführung zu bestimmen. Und endlich stellt er sich dann die Aufgabe, die beiden Prinzipien, welche er in seinen beiden Kategorien von Versuchstatbeständen für maßgebend hält, zu einem allgemeinen und einheitlichen Prinzip zu vereinigen:

A notre estime, le législateur lui-même nous indique la voie à suivre; l'exemple que nous lui avons emprunté, nous paraît d'un puissant enseignement. Ce qui s'en dégage, en effet; le voici.

Un même acte n'a point toujours et partout une valeur uniforme, suivant les circonstances, il peut être un fait d'exécution, ou un acte préparatoire. Pourquoi? Parce que la détermination du commencement d'exécution d'un crime quelconque ne relève pas uniquement de l'examen du fait, pris en lui-même et dans sa seule matérialité; mais encore d'un autre élément qu'il faut de toute nécessité prendre en considération, l'intention dont l'agent était animé en l'accomplissant. Ce qu'il faut savoir pour déterminer sa valeur exacte, c'est la portée que l'agent lui-même lui attribuait, c'est le rôle qu'il entendait lui faire jouer dans l'exécution criminelle. Or cette portée, ce rôle, de quoi dépendent-ils? Du procédé que l'agent entendait suivre pour réaliser ses espérances, du quantum d'effort qu'il avait voulu se réserver dans l'action criminelle. Avait-il entendu administrer lui-même le poison, l'acte d'exécution n'existera que par l'attaque à la personne d'autrui, la présentation de la substance toxique. Entendait-il, au contraire, que la victime s'administrât elle-même le poison, en d'autres termes, était-il résolu à borner son intervention à la simple mise du poison à la disposition de la victime, c'est ce dernier fait qui constituera le commencement d'exécution. Qu'est-ce donc que l'acte d'exécution? C'est l'acte final et décisif que l'agent se proposait, quant à lui, d'accomplir, c'est l'acte qui consomme la part d'action criminelle qu'il s'était réservée. Le commencement de la réalisation de cet acte, tel est le point initial de la tentative."

Wir stoßen hier auf dieselbe Schwierigkeit, die sich uns bei der Theorie von *Champcommunal* gezeigt hat. Wir müssen fragen: Wo beginnt die letzte Handlung? Welches ist der Gesichtspunkt, nach welchem die letzten Willensbetätigungen zur Einheit zusammengefaßt werden sollen? Denn nur die in die letzte unendliche kurze Zeitperiode fallende Willensbetätigung als Versuch aufzufassen, widerspräche dem Gesetz, wie schon bei der Kritik von *Champcommunals* Lehre dargelegt ist.[1]) *Gallet* beantwortet diese Frage nicht. Deshalb werden wir, ohne erst zu untersuchen, ob seine Gesetzesinterpretation nach den Regeln der Auslegung gerechtfertigt ist, vor allem feststellen, ob in dem Gesetz von 1791, aus welchem der Versuchsbegriff deduziert werden soll, dieser entscheidende Gesichtspunkt gegeben ist.

[1]) s. o. p. 44.

Betrachten wir zunächst den Versuch des Giftmordes. Das Gesetz beschreibt drei Formen, in welchen dieser Versuch begangen werden kann. Die erste Form ist die der vollbrachten Vergiftung — „empoisonnement effectué", — welche in dem Momente vorliegt, in welchem das Gift derartig der anderen Person beigebracht ist, daß es seine die Gesundheit schädigende Wirkung zu entwickeln beginnt. Die beiden andern Versuchsformen stellen frühere Stadien der kriminellen Handlung dar, nämlich das Vorsetzen des Giftes und seine Vermischung mit den speziell für das Opfer bestimmten Nahrungsmitteln. Und unter diesen beiden Handlungen ist wiederum die eine ihrem Wesen nach die zeitlich vorangehende: wo nämlich diese zwei Handlungen sich kombinieren, muß das Gift naturgemäß erst zubereitet werden, bevor es vorgesetzt wird. — Welches ist nun, so müssen wir fragen, das einigende Band, welches diese drei Stadien der Handlung zusammenfaßt? Unter welchem Gesichtspunkt bilden sie eine Einheit?

Ein jedes unter diesen drei Handlungsgebilden besteht einmal aus einer oder mehreren kondizionalen Willensbetätigungen und dem zugehörigen Zwischenerfolg, — der so zu bezeichnen ist in seinem Verhältnis zum Enderfolg des Deliktes, — und dann aus dem Zweck eben dieses Zwischenerfolges, welcher die Willensbetätigungen begleitet. Versuchen wir jetzt zu einem höheren Prinzip der Einheit aufzusteigen und diese drei Handlungsgebilde wiederum zu einem Ganzen zu vereinen, so zeigt sich folgendes: Die drei Begriffe der Zwischenerfolge sind, ihrer sinnlichen Qualität nach definiert, zu disparat, als daß sie einem einheitlichen Begriff eingeordnet werden könnten, der eng genug wäre, die Versuchshandlung zu umgrenzen. Das Gleiche gilt von den kondizionalen Willensbetätigungen, die nur als Objekte der äußeren Wahrnehmung betrachtet, in so unendlich verschiedenartiger Gestalt auftreten können, daß ihre Erscheinungsformen unübersehbar bleiben. Wenn wir aber diese Erfolge und die sie bedingenden Willensbetätigungen nicht mehr als isolierte sinnliche Objekte, sondern in ihren Relationen unter sich und zu andern Zuständen betrachten, so finden wir zwei Merkmale, die ihnen allen gemeinsam sind, nämlich objektiv ihre kondizionale Beziehung und subjektiv ihre Zweckbeziehung auf den kriminellen Enderfolg. Indessen erkennen wir zugleich, daß diese beiden Merkmale allen Vorbereitungshandlungen, auch den entferntesten, ihrem Begriffe nach

eigen sind und daß sie aus diesem Grunde nicht zur Unterscheidung von Versuch und Vorbereitung dienen können.

Nun erinnern wir uns, daß nach der Theorie von *Gallet* aus der gesetzlichen Definition des Giftmordversuchs ein Prinzip zur Abgrenzung der Ausführungshandlung nur für eine bestimmte Kategorie von Delikten gewonnen werden kann, nämlich derjenigen, bei welcher der Täter alle zur Verwirklichung des kriminellen Enderfolges notwendigen Handlungen nicht selber vollbringen, sondern die letzten, entscheidenden Akte der Tätigkeit seines Opfers selbst überlassen will.[1]) Zugleich vergegenwärtigen wir uns, daß bei der andern Kategorie von Delikten, welche dadurch charakterisiert ist, daß der Täter selbst alle kondizionalen Handlungen vorzunehmen beabsichtigt, ein entsprechendes Prinzip aus der Begriffsbestimmung abgeleitet werden soll, die das Gesetz für den Versuch des gemeinen Mordes gibt.[2]) Und alsdann sind nach der Methode von *Gallet* diese beiden Prinzipien zu einem höheren, allgemein giltigen zu vereinen.[3]) — Die Unausführbarkeit dieser Konstruktion geht also schon aus der Unmöglichkeit hervor, das eine der untergeordneten Prinzipien zu fixieren, aus welchen das obere konstruiert werden soll. Und außerdem gibt das Merkmal des Angriffs, — „attaque" —, welches *Gallet* bei der zweiten Deliktskategorie als entscheidend für die Ausführungshandlung ansieht, auch keine Grenzlinie zwischen Vorbereitung und Versuch. Dies wird bei der Kritik einer andern Lehre gezeigt werden, die den Anfang der Ausführung allgemein als die erste Angriffshandlung zu erklären sucht.

§ 8.

b. Der Versuch als kontinuierlich mit dem Erfolg zusammenhängende Betätigung.

Durch eine ganz verschiedene Konstruktion will *v. Bar*[4]) die charakteristische Beziehung zwischen Versuch und Erfolg als einen zeitlichen Zusammenhang nachweisen. Er geht davon aus, daß der Wille durch successive Tätigkeiten realisiert werde, welche mit-

[1]) s. o. p. 47 ff.
[2]) s. o. p. 47 ff.
[3]) s. o. p. 48.
[4]) l. c. p. 29 ff.

einander in kontinuierlicher Verbindung ständen und deren einzelne Gruppen von dem handelnden Menschen derart in der Willensaktion zusammengefaßt würden, daß mit deren erstem auch zugleich das letzte Glied in Anregung gebracht und gewollt werde. Er geht ferner davon aus, daß nur dann etwas gewollt sein könne, wenn auch die Mittel, welche nach Vorstellung des Subjekts dazu führten, gewollt seien. Aus diesen beiden Sätzen deduziert er dann in folgender Weise eine Bestimmung des Versuchs: „Wird die Handlung als eine Reihe von Tätigkeiten betrachtet, in welcher die einzelnen Gruppen der letzteren als Mittel zum Zwecke der Vollendung miteinander verbunden werden, so ist nach dem zweiten Satze ein Wille nur anzunehmen, wenn alle jene einzelnen Gruppen von Tätigheiten und deren einzelne Erfolge gewollt und daher auch von dem Handelnden gedacht sind. Ist also die als Einheit gedachte Handlung noch nicht so bestimmt und deutlich in der Vorstellung des Handelnden vorhanden, daß sie als kontinuierliche Fortsetzung solcher Gruppen von Tätigkeiten erscheint, so fehlt es noch an einem wirklichen Wollen, und der Handelnde weiß noch nicht, auf welchem Wege er zu dem erwünschten Ziele gelangen werde. Es fehlen ihm noch die Zwischenglieder, welche er denken und wollen muß, ehe von einem Willen zu reden ist."

Zu dem wesentlich gleichen Resultat gelangt *Luden*[1]) durch Interpretation der Karolina: „Die Anfangsgrenze des Versuches, — so definiert er, — liegt in dem Beginne derjenigen Handlung, durch welche das Verbrechen ohne neue Vorbereitungen und ohne weitere Unterbrechungen vollendet werden konnte und sollte."

Damit ist das charakteristische Merkmal des Versuchs durch den Begriff einer kontinuierlichen Fortsetzung der Bedingungsreihe bestimmt.

Daß diese Beziehung der Handlung nicht wie bei den vorhergehenden Theorien als für eine objektive Betrachtung gegeben, sondern als in der Vorstellung des Subjekts enthalten vorausgesetzt wird, macht keinen materiellen Unterschied, sondern ist nur ein Zufall der Darstellung. Denn die Frage, wo die Vorbereitung aufhört und der Versuch anfängt, ist von denjenigen Problemen unabhängig, welche dadurch entstehen, daß die subjektive Vorstellung des Handelnden von einer objektiv giltigen Betrachtung der Dinge abweicht. Und

[1]) l. c. p. 459 ff.

deshalb muß bei der Behandlung jener Frage die stillschweigende Voraussetzung gemacht werden, daß der Vorsatz des Täters mit einer objektiv giltigen Auffassung der Ereignisse übereinstimmt.[1])

Der Mangel dieser Theorie liegt aber darin, daß sie nur einen Gesichtspunkt angibt, von welchem aus die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch gezogen werden soll, indessen diese Grenze selber nicht bestimmt. Der Begriff von der kontinuierlichen Fortsetzung einer Ereigniskette ist durchaus relativ. Die Frage, wie eng die Zusammenhänge zwischen den Ereignissen sein müssen, um diesen Begriff zu erfüllen, oder wie groß die Unterbrechungen sind, welche ihn ausschließen, wird je nach dem Gesichtspunkt, von welchem man ausgeht, in verschiedener Weise beantwortet werden. Der entscheidende Gesichtspunkt wird durch die erörterte Theorie nicht festgelegt. Dieser Mangel und die aus ihm folgende Unbestimmtheit des Resultats wird auch durch *v. Bar* anerkannt.

3 Die Definition durch ein logisches Verhältnis zwischen Betätigung und Erfolgswille.

§ 9.

Die Lehre vom dolus ex re.

Eine letzte Gattung von individuellen Theorien endlich lehrt, daß der Versuch sich dadurch von der Vorbereitung unterscheide, daß schon aus der Willensbestätigung allein auf das ihr zu Grnnde liegende verbrecherische Motiv geschlossen werden könne.[2]) Es wird also vorausgesetzt, daß nach Beachtung zahlreicher Betätigungen einer gewissen Art durch Induktion eine Norm sich ergebe, nach welcher eine solche Betätigung ein bestimmtes verbrecherisches Motiv zur notwendigen Bedingung habe; und dann soll aus der Existenz dieser Betätigung in concreto die Existenz ihres verbrecherischen Motivs gefolgert werden. Die Betätigung zwingt uns nach dem gegebenen Stande unserer Erkenntnis, ihr dieses Motiv als ihre Bedingung zuzuordnen, ein Urteil, welches nicht unmittelbar auf Erfahrung beruht, sondern durch einen Syllogismus von jenem durch

[1]) Charakteristisch in dieser Beziehung ist die eben zitierte Definition Ludens, in der vorausgesetzt wird, daß die Handlung „ohne weitere Unterbrechung vollendet werden konnte und sollte."

[2]) Diese Theorie ist schon oben p. 44 erwähnt.

einander in kontinuierlicher Verbindung ständen und deren einzelne Gruppen von dem handelnden Menschen derart in der Willensaktion zusammengefaßt würden, daß mit deren erstem auch zugleich das letzte Glied in Anregung gebracht und gewollt werde. Er geht ferner davon aus, daß nur dann etwas gewollt sein könne, wenn auch die Mittel, welche nach Vorstellung des Subjekts dazu führten, gewollt seien. Aus diesen beiden Sätzen deduziert er dann in folgender Weise eine Bestimmung des Versuchs: „Wird die Handlung als eine Reihe von Tätigkeiten betrachtet, in welcher die einzelnen Gruppen der letzteren als Mittel zum Zwecke der Vollendung miteinander verbunden werden, so ist nach dem zweiten Satze ein Wille nur anzunehmen, wenn alle jene einzelnen Gruppen von Tätigheiten und deren einzelne Erfolge gewollt und daher auch von dem Handelnden gedacht sind. Ist also die als Einheit gedachte Handlung noch nicht so bestimmt und deutlich in der Vorstellung des Handelnden vorhanden, daß sie als kontinuierliche Fortsetzung solcher Gruppen von Tätigkeiten erscheint, so fehlt es noch an einem wirklichen Wollen, und der Handelnde weiß noch nicht, auf welchem Wege er zu dem erwünschten Ziele gelangen werde. Es fehlen ihm noch die Zwischenglieder, welche er denken und wollen muß, ehe von einem Willen zu reden ist."

Zu dem wesentlich gleichen Resultat gelangt *Luden*[1]) durch Interpretation der Karolina: „Die Anfangsgrenze des Versuches, — so definiert er, — liegt in dem Beginne derjenigen Handlung, durch welche das Verbrechen ohne neue Vorbereitungen und ohne weitere Unterbrechungen vollendet werden konnte und sollte."

Damit ist das charakteristische Merkmal des Versuchs durch den Begriff einer kontinuierlichen Fortsetzung der Bedingungsreihe bestimmt.

Daß diese Beziehung der Handlung nicht wie bei den vorhergehenden Theorien als für eine objektive Betrachtung gegeben, sondern als in der Vorstellung des Subjekts enthalten vorausgesetzt wird, macht keinen materiellen Unterschied, sondern ist nur ein Zufall der Darstellung. Denn die Frage, wo die Vorbereitung aufhört und der Versuch anfängt, ist von denjenigen Problemen unabhängig, welche dadurch entstehen, daß die subjektive Vorstellung des Handelnden von einer objektiv giltigen Betrachtung der Dinge abweicht. Und

[1]) l. c. p. 459 ff.

deshalb muß bei der Behandlung jener Frage die stillschweigende Voraussetzung gemacht werden, daß der Vorsatz des Täters mit einer objektiv giltigen Auffassung der Ereignisse übereinstimmt.[1])

Der Mangel dieser Theorie liegt aber darin, daß sie nur einen Gesichtspunkt angibt, von welchem aus die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch gezogen werden soll, indessen diese Grenze selber nicht bestimmt. Der Begriff von der kontinuierlichen Fortsetzung einer Ereigniskette ist durchaus relativ. Die Frage, wie eng die Zusammenhänge zwischen den Ereignissen sein müssen, um diesen Begriff zu erfüllen, oder wie groß die Unterbrechungen sind, welche ihn ausschließen, wird je nach dem Gesichtspunkt, von welchem man ausgeht, in verschiedener Weise beantwortet werden. Der entscheidende Gesichtspunkt wird durch die erörterte Theorie nicht festgelegt. Dieser Mangel und die aus ihm folgende Unbestimmtheit des Resultats wird auch durch *v. Bar* anerkannt.

3 Die Definition durch ein logisches Verhältnis zwischen Betätigung und Erfolgswille.

§ 9.

Die Lehre vom dolus ex re.

Eine letzte Gattung von individuellen Theorien endlich lehrt, daß der Versuch sich dadurch von der Vorbereitung unterscheide, daß schon aus der Willensbestätigung allein auf das ihr zu Grnnde liegende verbrecherische Motiv geschlossen werden könne.[2]) Es wird also vorausgesetzt, daß nach Beachtung zahlreicher Betätigungen einer gewissen Art durch Induktion eine Norm sich ergebe, nach welcher eine solche Betätigung ein bestimmtes verbrecherisches Motiv zur notwendigen Bedingung habe; und dann soll aus der Existenz dieser Betätigung in concreto die Existenz ihres verbrecherischen Motivs gefolgert werden. Die Betätigung zwingt uns nach dem gegebenen Stande unserer Erkenntnis, ihr dieses Motiv als ihre Bedingung zuzuordnen, ein Urteil, welches nicht unmittelbar auf Erfahrung beruht, sondern durch einen Syllogismus von jenem durch

[1]) Charakteristisch in dieser Beziehung ist die eben zitierte Definition Ludens, in der vorausgesetzt wird, daß die Handlung „ohne weitere Unterbrechung vollendet werden konnte und sollte."

[2]) Diese Theorie ist schon oben p. 44 erwähnt.

stimmte Absicht sich als solche in einem äußerlichen Tun kundgegeben hat."

In festen Umrissen hat alsdann *Hälschner*[1]) die Theorie vom dolus ex re aufgebaut. Daß die verbrecherische Absicht in der Willensbetätigung sich objektiviert habe, erkennbar in die Erscheinung getreten sei, ist ihm eine notwendige Forderung, welche sich aus dem begrifflichen Wesen der strafbaren Handlung überhaupt ergibt, mag man sie in der Form des Versuchs oder der Vollendung betrachten. Dieses konstitutive Deliktsmerkmal fehlt nun nach *Hälschners* Ansicht bei der Vorbereitung, und dadurch unterscheidet sich die Vorbereitung vom Versuch: „Ein wesentlicher Unterschied der durch eine verbrecherische Absicht bestimmten Tätigkeit kann sich nur aus ihrem Verhältnisse zur Absicht selbst ergeben, und in dieser Beziehung ist sie entweder eine solche, vermittelst welcher die verbrecherische Absicht sich zur Tat gestaltete, oder sie ist nicht eine solche. Als strafbare Handlung kann nur diejenige Tätigkeit erscheinen, durch welche die auf das Strafbare gerichtete Absicht ein äußeres, selbständiges, vom Willen des Handelnden fernerhin unabhängiges Dasein erlangt, sich zur wirklichen, nicht mehr zu tilgenden Tatsache gestaltet hat. Die Absicht ist zur unwiderruflichen Tat geworden, nicht nur dann, wenn es dem Handelnden gelang, die beabsichtigte Tat zu vollenden, sondern auch dann, wenn trotz des mangelnden Erfolges die auf seine Realisierung gerichtete Absicht in der Tat zur vollkommenen, erkennbaren Darstellung gelangt ist, wenn aus der Tat selbst sich das Ziel ergibt, auf daß sie nach der Absicht des Täters gerichtet war."

Eisenmann[2]) gelangt nach grundlegenden psychologischen Vorarbeiten zu demselben Resultat. Der Urteiler, sagt er, hat aus den einzelnen sinnlich wahrnehmbaren Akten zu schließen, ob sie als Wirkungen eines verbrecherischen Willens geschehen sind oder nicht; findet er, daß sie einer rechtsverletzenden Absicht entstammen, so soll er die Handlung diesem Willen zurechnen und sie strafen.

Auch *Cohen*[3]) schließt sich dieser Auffassung an, indem er

[1]) l. c. p. 335 ff.
[2]) l. c. p. 475 ff.
[3]) l. c. p. 30.

die Vorbereitungshandlung dadurch charakterisiert, daß in ihr der verbrecherische Wille nicht mit der erforderlichen Unzweifelhaftigkeit ans Tageslicht getreten sei.

An dieser Stelle sei noch *v. Buri* erwähnt, welcher in gleicher Weise neben dem Nichteintritt des Erfolges einzig und allein die Erkennbarkeit des Verbrechensmotivs aus der Betätigung, — in seiner Terminologie „die Objektivierung des Willens," — als charakteristisches Merkmal des Versuchs aufstellt:[1]) „Der Wille muß, wenn von einem strafbaren Versuch geredet werden soll, aus dem Innern des Handelnden heraustretend, sich dem Strafgesetz entgegen gestellt und sich darum in der Außenwelt andern erkennbar objektiviert haben; d. h. es muß die Richtung des Willens nach der Vollendung aus der bereits gegebenen Objektivität zu entnehmen sein." Dieses Merkmal wird aber in der Folge nur zur Beantwortung der Frage verwertet, welche verfehlten Handlungen unter dem Gesichtspunkt ihrer Tauglichkeit zum Erfolge strafbar seien. Weil indessen *v. Buri* durch den dolus ex re ganz allgemein den Versuch von der straflosen verfehlten Handlung unterscheidet, so muß dieses Merkmal implicite auch den Versuch gegenüber der Vorbereitung auszeichnen. Dieser Gedanke ist auch bei *v. Buri* ausgesprochen:[2]) „Begonnen hat der Versuch, sobald der auf Herbeiführung eines strafrechtlichen Erfolges gerichtete Wille — das Streben nach diesem Erfolge — aus einer zu diesem Zweck unternommenen Handlung und den dem Handelnden bekannten Nebenumständen, unter welchen sie unternommen wurde, äußerlich erkennbar geworden ist." Nur hat dieser Gedanke keine nähere Entwicklung erfahren, weil *v. Buri* sein hauptsächliches Interesse jener anderen, schon erwähnten Frage zugewendet hat.

Im Anschluß an *v. Buri* ist noch auf *Delaquis*[3]) hinzuweisen. Er gibt wie *v. Buri* einen ganz allgemeinen Versuchsbegriff, aus welchem sich dann auch eine Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch ergibt, wenngleich der Verfasser aus diesem Begriff nur eine Lösung der Frage zu gewinnen sucht, welcher Grad der Tauglichkeit zum Erfolge für die Versuchshandlung wesentlich

[1]) Gerichtssaal Bd. 19, p. 62.
[2]) Goldammers Archiv, Bd. 25, p. 266.
[3]) l. c. p. 206 ff.

sei. Die Definition von *Delaquis* ist eine Variation der durch *v. Buri* aufgestellten Begriffsbestimmung und verwertet den Gedanken des dolus ex re, ohne ihn vollkommen durchzuführen: „Das Postulat der Objektivierung — so charakterisiert *Delaquis* die Eigentümlichkeit seiner Theorie — möchten wir nicht so eng fassen, als es *v. Buri* tut; denn auch dann nehmen wir einen genügend objektivierten Willen als gegeben an, wenn dieser aus dem Geständnis hervorgeht, zu diesem Geständnis aber noch eine gewisse Vergegenständlichung, mag diese noch so schwach sein, hinzukommt, durch welche das erstere unterstützt wird. Es ist also nicht nötig, daß aus der Objektivierung allein die bestimmte Richtung des Willens klargelegt würde, und nur dann ist keine genügende Objektivierung vorhanden, wenn das Geständnis allein oder ein Geständnis vorliegt, dem die Objektivierung widerspricht."

Durch das Erfordernis des dolus ex re soll der Inbegriff des Materials für die Erkenntnis des verbrecherischen Motivs eingeschränkt werden. Nicht alle beliebigen Zustände der äußeren Welt sollen der Erforschung des deliktischen Zweckes dienen, sondern nur ein begrenzter Umkreis dieser Zustände. Aus der Willensbetätigung allein soll der kriminelle Zweck erschlossen werden. Und somit ist die Frage die: In welcher Weise ist der Begriff der Willensbetätigung zu begrenzen? Zunächst ist die Willensbetätigung, nach ihrer physischen Seite betrachtet, — und um diese allein handelt es sich hier — ein körperliches Verhalten.[1]) Bei der Untersuchung des einzelnen Verbrechens kommt nun die Betätigung nicht als abstrakter Begriff, sondern als konkrete Zustandsveränderung in Frage. Deshalb müssen wir weiter prüfen, welches diejenigen Momente sind, durch welche das körperliche Verhalten seine konkrete Bestimmtheit erhält.

Es liegt am nächsten, das körperliche Verhalten allein aus sich selbst zu charakterisieren, d. h. aus dem veränderten Verhältnis zwischen den bewegten oder ruhenden körperlichen Teilen untereinander. Das Material der Charakteristik wäre in diesem Fall nur durch die Gesamtzustände des Körpers gebildet, und alle Zustände der außer-körperlichen Welt blieben außer Betracht. Bei einem Schwerthieb würde also die physische Betätigung nur in dem Stoß des Armes, bei einem Büchsenschuß

[1]) s. o. p. 1.

nur in dem Druck der Hand bestehen. Es bedarf nun keiner weiteren Erklärung, daß die Theorie vom dolus ex re die Betätigung nicht in diesem engen Sinn umschreiben will. Denn wenn der verbrecherische Zweck, wie es fast bei allen Delikten der Fall ist, auf eine Veränderung in der außer-körperlichen Welt geht, so kann er ohne Berücksichtigung von außer-körperlichen Zuständen, die im Momente der Betätigung gegeben sind, bei dem Stande unseres Erfahrungswissens niemals erschlossen werden. Selbstverständlich ist vielmehr in dem angeführten Beispiel in Betracht zu ziehn, daß der Täter einen Dolch oder eine Büchse in Händen hält und daß diese Waffe auf einen Menschen gerichtet wird.

Ist damit festgestellt, daß nach der Theorie vom dolus ex re auch Zustände der außer-körperlichen Welt bei der Beurteilung des Zweckes zu Grunde zu legen sind, so stoßen wir auf die Kernfrage, welche unter diesen Zuständen hierbei berücksichtigt werden und welche andern außer Betracht bleiben sollen. Denn daß nicht alle beliebigen unter ihnen das Material für diese Beurteilung bilden dürfen, ist eben der charakteristische Gedanke der Theorie vom dolus ex re. Diese Frage wird aber von keinem Vertreter dieser Theorie beantwortet, sodaß wir selber ihre Lösung versuchen müssen, wenn wir zu einer erschöpfenden Kritik dieser Lehre gelangen wollen.

Es handelt sich also darum, ein Prinzip der Unterscheidung festzustellen, nach welchem die einen außer-körperlichen Zustände in den gesuchten Begriff der Betätigung eingeordnet werden, die andern nicht. Zugleich ist klar, daß das entscheidende Merkmal nicht in einer bestimmten sinnlichen Qualität der fraglichen Objekte bestehen kann, weil eine solche Unterscheidung völlig willkürlich wäre, jedes tieferen Grundes entbehrte und die Theorie vom dolus ex re bei diesem systemlosen Ausbau niemals auf ein Prinzip über die Strafwürdigkeit menschlicher Handlungen zurückgeführt werden könnte, während wir doch gemäß dem früher[1]) gewonnenen Ergebnis gezwungen sind, eine jede Theorie über die Grenzen zwischen Vorbereitung und Versuch auf ein solches Prinzip zu gründen. Es bleibt also nur übrig, das festzustellende Unterscheidungsmerkmal in einer Beziehung zwischen den Zu-

[1]) s. oben p. 26.

ständen der außer-körperlichen Welt einerseits und dem körperlichen Verhalten an sich selbst betrachtet, als dem einzig sichern Bestandteil des gesuchten Begriffs der Betätigung, andrerseits zu finden. Diese Beziehung muß aber derartig sein, daß für alle Delikte, deren Erfolg in einer Veränderung der außer-körperlichen Welt besteht, — und das sind weitaus die meisten Delikte — Fälle von unterbrochenen Handlungen denkbar sind, in welchen das körperliche Verhalten mit äußeren Zuständen eine solche Beziehung aufweist; denn sonst würde bei diesen Delikten ein Versuch niemals festgestellt werden können. Bei der Unübersehbarkeit der unendlich verschiedenen Formen nun, in welchen äußere ein körperliches Verhalten begleitende Zustände bei diesen sämtlichen Delikten erscheinen können, ist die aufgestellte Forderung gleichbedeutend mit der, daß die gesuchte Beziehung eine solche sei, durch welche das körperliche Verhalten seinem Begriffe nach und somit ausnahmslos in jedem einzelnen Falle mit äußeren Zuständen verbunden sei.

Es gibt indes nur zweierlei Beziehungen, in welchen ein körperliches Verhalten, wie überhaupt ein jeder Zustand, zu anderen — äußeren oder inneren Zuständen — notwendig steht; diese Beziehungen sind die der Zeit und der Kausalität als die Formen unserer Anschauung und unseres Verstandes, welche aller unserer Erfahrung zu Grunde liegen.

Davon sind zunächst die zeitlichen Beziehungen auszuscheiden. Denn ein Prinzip wäre willkürlich, nach welchem die entscheidenden Zustände dadurch ausgezeichnet wären, daß sie in einem Zeitintervall von endlicher Größe, gemessen von dem Momente des körperlichen Verhaltens ab, sich ereigneten. Wie groß sollte dieses Zeitintervall sein? Will man jedoch bei der zeitlichen Beziehung bleiben, so bietet sich nur noch eine Möglichkeit, die darin besteht, lediglich diejenigen Zustände zu berücksichtigen, welche während der Dauer des körperlichen Verhaltens gegeben sind. Aber diese Lösung wäre nicht minder systemlos als die andere. Es würde sich niemals erweisen lassen, warum die Strafwürdigkeit einer Willensbetätigung davon abhängen soll, ob ihr Zweck nur aus den sie begleitenden und nicht aus den ihr vorhergehenden oder nachfolgenden Zuständen erschlossen wird.

So kann denn nur noch an die kausale Beziehung gedacht

werden. Und hier sind nur zwei Möglichkeiten denkbar: Man könnte entweder nur diejenigen Zustände in Betracht ziehn, welche mit dem körperlichen Verhalten, oder nur diejenigen, welche mit dem Erfolg in Kondizionalzusammenhang stehen.

Zu der letzten Lehrmeinung scheint sich *Hälschner*[1]) hinzuneigen, wenn er andeutet, daß er die Willensbetätigung als Grundlage für die Beurteilung des kriminellen Zwecks in konträren Gegensatz bringe zu dem Geständnis. Das gleiche gilt von *Delaquis*[2]) und *v. Buri.*[3])

Vergegenwärtigen wir uns, daß es Willensbetätigungen gibt, aus deren Natur auf die ihnen zugrunde liegende Absicht ganz oder teilweise, mit größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit geschlossen werden kann (stillschweigende Willenserklärungen), vergegenwärtigen wir uns ferner, daß das Geständnis einer Absicht seinem Begriffe nach lediglich in einer Willensbetätigung enthalten sein kann, welche nicht zugleich Bedingung des beabsichtigten Erfolges ist, — was uns eine Betrachtung des Sprachgebrauchs alsbald lehrt,[4]) — so erkennen wir, daß für *Hälschner* der in der Lehre vom dolus ex re entscheidende Begriff der Betätigung wohl gleichbedeutend sein soll mit dem Begriff der Erfolgbedingenden Zustände und daß folglich bei solcher Interpretation das Postulat dieser Lehre dahin geht, daß der kriminelle Zweck einzig und allein aus den Erfolg-bedingenden Zuständen erkennbar sei.

Es stellt sich nun die Aufgabe, diesen Handlungsbegriff in seiner Eigenschaft als Grundlage für die Konstruktion des dolus ex re auch auf seine materielle Berechtigung zu prüfen, d. h. auf die philosophischen Gründe einzugehen, welche für die Strafwürdigkeit des in dieser Weise abgegrenzten Versuchs angeführt werden.

Hälschner[5]) sucht seine Auffassung in folgender Weise zu rechtfertigen: „Daß die verbrecherische Absicht sich objektiviert

[1]) l. c. p. 343.

[2]) l. c. p. 207.

[3]) z. B. Gerichtssaal, Bd. 19, p. 62.

[4]) Man wird z. B. niemals einen Dolchstoß als Geständnis einer Mordabsicht bezeichnen, wohl aber einen Brief, in welchem der Täter seinen Plan kundgibt.

[5]) l. c. p. 343.

habe, in erkennbarer Weise in die Erscheinung getreten sei, ist einerseits die notwendige Forderung, welche sich aus dem begrifflichen Wesen der strafbaren Handlung überhaupt ergibt, und ist andrerseits der Grund, aus welchem allein die Strafbarkeit der Versuchshandlung zu rechtfertigen ist. Die Erkennbarkeit der Absicht ist daher keineswegs nur für den Beweis von Bedeutung; denn käme es nur auf den Beweis dessen an, was beabsichtigt war, so würde dieser freilich nicht nur durch die objektive Beschaffenheit der Tat, sondern auch durch das Geständnis geführt werden können.. Das Geständnis aber hat für die Feststellung der strafbaren Verschuldung bei dem versuchten, ganz ebenso wie bei dem vollendeten Verbrechen, einen Wert nur dann, wenn die unabhängig von dem Geständnis festgestellte Tat ihrer objektiven Beschaffenheit nach mit dem Geständnisse sich im Einklange befindet."

Nun ist aber nicht zu ersehen, wie in diesen Sätzen eine Begründung der Lehre vom dolus ex re enthalten sein soll. Allerdings muß die verbrecherische Absicht sich beim versuchten wie beim vollendeten Verbrechen objektiviert haben, in erkennbarer Weise in die Erscheinung getreten sein, damit eine Strafe ausgesprochen werden kann; — ob sich diese Forderung aus dem begrifflichen Wesen der strafbaren Handlung überhaupt ergibt oder nur eine praktische Voraussetzung für die Durchführbarkeit des Strafrechts bildet, mag dahingestellt bleiben. — Indessen ist kein Grund zu ersinnen, warum eine Handlung nur strafwürdig sein soll, wenn ihr verbrecherischer Zweck allein aus den kondizionalen Willensbetätigungen, und nicht wenn er auch aus der anderen Erkenntnisquelle, dem Geständnis, erschlossen wird. In welcher Weise diese Auffassung zu rechtfertigen sei, ist von *Hälschner* nicht einmal angedeutet. Es fehlt auch der geringste Nachweis dafür, warum zu dem Beweise der verbrecherischen Absicht, der auch auf dem Geständnis beruhen kann, noch die selbständige Erkennbarkeit dieser Absicht aus den Erfolg-bedingenden Willensbetätigungen hinzutreten müsse. Es ist wohl einzuräumen, daß die unabhängig von dem Geständnis festgestellte Tat ihrer objektiven Beschaffenheit nach sich mit dem Geständnis im Einklang befinden muß. Das bedeutet aber doch nur, daß die Erkenntnisse aus den beiden verschiedenen Quellen sich nicht

widersprechen dürfen, nicht aber daß eine Feststellung des Tatbildes durch ergänzende Verbindung beider Erkenntnisse ausgeschlossen sei.[1])

Gilt aber dieses Resultat für die Theorie, welche den Begriff der Willensbetätigung auf die Erfolg-bedingenden Zustände erstreckt, so gilt es seinem Inhalt und seiner Begründung gemäß auch für die Theorie, welche den Begriff der Willensbetätigung auf die Bedingungen des körperlichen Verhaltens beschränkt. Damit haben wir erkannt, daß die der Theorie vom dolus ex re eigentümliche Konstruktion des Versuchs, welche darin besteht, unter allen Zuständen der äußeren Welt ein festes Gebiet zu begrenzen und einzig von diesem Gebiet ausgehend, den Handlungszweck zu bestimmen, erstens in ihrem wichtigsten Bestandteil unausgeführt geblieben ist, indem die Merkzeichen dieses engeren Gebiets von jener Theorie nicht präzis angegeben sind, und zweitens überhaupt nicht ausgeführt werden kann, ohne daß vernunftwidrige oder doch mindestens unbewiesene Sätze aufgestellt werden.

In diesem Zusammenhange sind noch einige Theorien darzustellen, welche die Lehre vom dolus ex re als Grundgedanken festalten, aber diesem Gedanken in der einen oder andern Richtung eine eigentümliche Entwicklung geben.

Mittermaier[2]) geht von der Grundform jener Lehre insofern ab, als er für den Tatbestand des Versuchs voraussetzt, daß aus der Willensbetätigung nicht nur eine verbrecherische Absicht, sondern ein fester, bestimmter verbrecherischer Entschluß hervorgehe. Das charakteristische seiner Forderung liegt also darin, daß nicht nur eine bestimmte Art der Motive, sondern auch eine gewisse ihnen zukommende Kraft soll erschlossen werden können. Die gleiche Auffassung ist bei *Schwarze*[3]) und *Bertauld*[4]) vertreten. *Krug*[5]) endlich variiert diese Konstruktion wieder dadurch, daß er sich mit einer relativen Festigkeit und Bestimmt-

[1]) Ganz zu demselben Resultat würde man auch gelangen, wenn man den Begriff des Geständnisses ganz eng in seinem prozessual-technischen Sinne nehmen wollte.

[2]) l. c. p. 210 ff. Neues Archiv des Kriminalrechts, Bd. I.

[3]) l. c. p. 277 ff.

[4]) l. c. p. 196—197.

[5]) l. c. p. 16 ff.

Erfolg ihrer Bedingungen, — um hier mit einem technischen Begriff einzusetzen — als Zwischenerfolg betrachtet und infolgedessen ihre Bedingungen von diesem Standpunkt der Betrachtung aus als Mittel im engeren Sinn ausgezeichnet. Die Aussonderung einer engeren Bedingungsreihe als Mittel im einzelnen Fall hängt also einzig und allein davon ab, welchen Zwischenerfolg man auszeichnet, welche Rücksicht für diese Auszeichnung maßgebend ist. Diese Rücksicht kann nun von verschiedenster Natur sein. Man kann eine Reihe von Bedingungen vor den übrigen hervorheben entweder weil man sie noch nicht kennt oder weil ihre Herstellung schwieriger ist, oder weil sie zeitlich vor den andern vollzählig gegeben sind oder auch weil man bei ihrer Zusammenstellung zur Herbeiführung des Enderfolges noch nicht entschlossen ist. Diesen letzten Fall haben die drei genannten Autoren herausgegriffen. Sie fühlen intuitiv einen Zusammenhang zwischen der Idee des verbrecherischen Entschlusses und der Idee von der Anwendung der Verbrechensmittel. Sie sind aber der irrtümlichen Ansicht, daß ein jedes dieser Merkmale selbständig aus der Natur der Willensbetätigung festgestellt werden könne, ohne zur Klarheit darüber zu gelangen, daß vielmehr der zweite Begriff in seinem Inhalt von dem ersten abhängig ist, daß er in abstracto nur einen relativen Begriff darstellt und erst im konkreten Fall durch den ersten seine absolute Bestimmtheit erhält. Weil aber das Merkmal von der Natur der Willensbetätigung als einer Anwendung von hergestellten Mitteln abhängig ist von dem Merkmal einer Möglichkeit der Erkenntnis des Motivs aus der Willensbetätigung, so ist der erste Begriff für die Definition des Versuchs wertlos, nachdem der zweite, ihn beherrschende Begriff verworfen ist.

In diesem Zusammenhang ist endlich die Theorie von *Bauke*[1]) darzustellen, welche mit den vorhergehenden Lehren darin übereinstimmt, daß sie die Erkennbarkeit einer festen verbrecherischen Absicht aus der Willensbetätigung als Versuchsmerkmal annimmt, aber zu diesem Erfordernis noch das zweite, selbständige hinzufügt, daß das Schwerste der Tat vollendet sei. Da nun nach seiner Theorie der Versuch erst durch die Kombination dieser beiden Merkmale entsteht und wir das erste Merkmal nach ein-

[1]) l. c. p. 277 ff.

gehender Kritik abgelehnt haben, so steht von vornherein fest, daß wir diese Konstruktion nicht anzuerkennen vermögen. Es ist aber von Interesse, das zweite Merkmal isoliert zu betrachten, einmal seiner Originalität halber und dann, weil die Möglichkeit noch nicht ausgeschlossen ist, daß es an sich allein den charakteristischen Unterschied zwischen Versuch und Vorbereitung enthalte.

Bauke bestimmt dieses Merkmal seinem wesentlichen Inhalte nach in folgenden Sätzen: „Versuch liegt nicht vor, wenn in der Handlnng der Anfang der Ausführung, sondern das Schwerste der Ausführung liegt. Wo also die zur Vollendung des Verbrechens erforderliche Handlung im Vergleich zu dem bereits vollbrachten als minder schwierig erscheint, dann, aber auch nur dann, liegt ein Versuch vor.“ ... „Ob das Schwerste begangen ist oder nicht, ist ein Urteil gleichwie die Frage, ob Anfang der Ausführung vorliegt oder nicht. Bei der Grundverschiedenheit der in Betracht kommenden Verhältnisse kann der Gesetzgeber auch nur durch ein Urteil, nicht etwa durch eine Tatsache den kritischen Moment bestimmen. — Weil nun eben die Verhältnisse verschieden sind, so ist es einleuchtend, daß das Urteil in objektiver Hinsicht nur unter Berücksichtigung dieser Verhältnisse gefällt werden kann. In subjektiver Hinsicht muß dagegen der Standpunkt des Normalmenschen maßgebend sein. Sobald dieser zu der Ueberzeugung gelangt, in diesem Momente ist das Schwerste getan, so ist das entscheidend.“

Unter mehreren Betätigungen ist diejenige die schwerste, bei welcher die zur Betätigung treibenden Motive am wenigsten Uebergewicht haben über die abhaltenden Motive. Beim normalen Menschen, — nach dessen Empfinden die Frage, welche Tat die schwerste sei, beurteilt werden soll, — ist nun dasjenige Motiv, das in ganz überwiegendem Maße von dem Verbrechen abhält, das Bewußtsein der Pflicht, gleichviel ob in ihr das religiöse oder das sittliche oder das rechtliche Element am stärksten betont ist. Es kann aber nicht bestritten werden, daß die Intensität des Pflichtmotivs sich in dem Maße steigert, als die Betätigung sich dem pflichtwidrigen Erfolge nähert, und daß zugleich der Reiz des Verbrechens, wiewohl er sich oft mit dem Fortschreiten der kriminellen Tätigkeit vergrößert, regelmäßig nicht in dem-

selben Verhältnis wächst. — Man wende hier nicht ein, daß es mehr Ueberwindung koste, in das Stadium des Versuchs zu treten, als zur Vollendung zu schreiten, weil der Gedanke der Quantität der Strafe nicht derart maßgebend sei wie der Gedanke der Bestrafung überhaupt. Denn diese Argumentation würde zu einem Zirkelbeweis führen, indem die Natur einer Betätigung als Versuch oder Vorbereitung daraus abzuleiten wäre, ob sie die schwerste sei und dieses letzte Urteil wieder davon abhinge, ob die Betätigung schon einen Versuch enthalte. — Und so sind wir zu der Konsequenz berechtigt, daß die schwerste Betätigung prinzipiell die letzte Betätigung ist. Damit ist aber die Theorie von *Bauke* auf die Theorie von *Gallet* und *Champcommunal* zurückgeführt, welche bereits an anderer Stelle dargestellt und widerlegt worden ist.[1])

II. Die generellen Theorien.

§ 10.

1. Der Versuch als konstitutiver Deliktsbestandteil.

Wir gelangen zu den generellen Theorien. Es gibt zunächst eine Reihe von Lehren, welche den gemeinsamen Gedanken entwickeln, daß die Versuchshandlung im Gegensatz zur Vorbereitung schon ein konstitutives Element des fehlgeschlagenen Deliktes bilde.

„Der Anfang der Ausführung", sagt *Zachariae*,[2]) „liegt dann vor, wenn mit einer Handlung begonnen worden ist, welche als wirklicher Bestandteil der im Gesetze bedrohten Tat zu betrachten ist."

Auch nach *Chop*[3]) ist der Versuch in diesem Sinne aufzufassen: „Entweder muß die Handlung einen vollendeten in sich abgeschlossenen Bestandteil des objektiven Tatbestandes des beabsichtigten Verbrechens bilden, (wie z. B. wenn der Dieb den Geldkasten bereits erbrochen hat), oder es kann und soll wenigstens durch die fragliche Handlung unmittelbar der objektive Tatbestand des beabsichtigten Verbrechens ganz oder teilweise hervorgebracht werden (z. B. der Dieb zwängt ein Brecheisen zwischen den

[1]) o. p. 43 ff.
[2]) Goldammers Archiv, Bd. III, p. 579.
[3]) l. c. p. 49 ff.

Deckel und den übrigen Teil des Geldkastens).“ Als Vertreter dieser Ansicht seien noch genannt: *v. Liszt*[1]), *Meyer*[2]), *Oetker*[3]), *Mittermaier*[4]), *Hepp*[5]), *Wachenfeld*[6]), *Frank*[7]), *Olshausen*[8]) —.

Die gleiche Lehrmeinung wird durch französische Schriftsteller verfochten. So definiert *Villey*[9]): „L'acte préparatoire n'a rien de l'infraction, il n'en fait pas partie, il est en dehors, il n'a pas de liaison nécessaire avec elle. L'acte d'exécution est le commencement de l'infraction, il en est partie intégrante, il n'en peut être séparé. Prenez dans son ensemble l'infraction que l'agent se proposait de commettre, telle qu'elle est qualifiée par la loi, et demandez-vous si l'acte en question en fait partie: si oui, c'est un acte d'exécution; si non, ce n'est qu'un acte préparatoire.“

Es finden sich außerdem einige Versuchsdefinitionen, welche auf den ersten Blick eine besondere kondizionale Beziehung zu verwerten scheinen, in Wirklichkeit aber nur eine etwas unvorsichtige Illustration desselben Gedankens darbieten, daß die Versuchshandlung ein Bestandteil des mißglückten Deliktes sei.

Ortolan[10]) gibt z. B. folgende Erläuterung: „Les actes préparatoires ne tendent pas à produire par eux-mêmes le mal du délit; ils ne sont qu'un préalable, qu'une préparation à agir.“ Wenn dieser Satz eine Definition bieten sollte, so müßte natürlich erwidert werden, daß ein jeder kondizionale Zustand den Erfolg durch sich selbst bedingt, weil er sonst kein kondizionaler Zustand mehr wäre. Aber es soll hier nur ein Anschauungsmittel geboten werden für die schon oben geschilderte Auffassung des Versuchs als eines Deliktsbestandteils. Dieser Auffassung schließt sich auch *Ortolan* an. Denn schon im nächsten Satze charakterisiert er die Vorbereitung in folgender Weise:

---

[1]) l. c. p. 203, 136.
[2]) l. c. p. 21 ff.
[3]) l. c. p. 53 ff.
[4]) Neues Archiv des Kriminalrechts, Bd. I, p. 167 ff.
[5]) l. c. p. 334 ff.
[6]) l. c. Bd. II, p. 267.
[7]) l. c. Anm. I 2a zu § 43.
[8]) l. c. Anm. 14 zu § 43.
[9]) l. c. p. 97.
[10]) l. c. No. 989.

„Ce n'est pas au délit lui-même que l'agent a mis la main, il ne l'y mettra que par le premier acte d'exécution"; und an anderer Stelle [1]) heißt es: „Du moment que l'agent en est venu aux actes d'exécution, cet agent est entré dans le délit même défini par la loi; on peut dire que ce délit est commencé." In derselben Weise ist die Definition von *Molinier* zu erklären. In einem und demselben Satze vertritt er die oben dargelegte Theorie und sucht sie zugleich mit Begriffen zu verdeutlichen, welche kondizionale Beziehungen andeuten: [2]) „Les faits d'exécution sont ceux qui constituent le délit, qui lui donnent l'existence; les faits préparatoires sont ceux qui précèdent l'exécution, sont destinés à la faciliter, à la rendre possible, mais ne sont point des actes matériels constitutifs du délit et ne rentrent pas dans la définition légale de ce délit. Verwandt ist die Anschauung von *Trébutien* [3]): on peut, selon nous, definir la tentative par l'acte qui a un rapport direct et nécessaire avec une infraction déterminée." Und nicht anders ist *Garraud* [4]) zu verstehen, welcher nur einige unbestimmte Voraussetzungen über zeitliche und kondizionale Verhältnisse macht, ohne sie später zu präzisieren: „Les actes constitutifs du commencement d'exécution du crime sont ceux qui tendent directement et immédiatement à l'exécution de ce crime, tel que la loi l'a défini, tandis qu'au contraire les actes préparatoires n'ont pas une relation nécessaire ou même directe avec un délit déterminé. [5])

Bei der Betrachtung dieser Theorie drängt sich nun sofort die Frage auf, nach welchem Prinzip man denn zu beurteilen habe, ob eine Handlung Wesensbestandteil eines Deliktes sei.

Von den Schriftstellern, welche auf dem Boden dieser Theorie stehen, geben die einen keine Antwort auf diese Frage. Die anderen sind der Ansicht, daß das Strafgesetz in den Deliktsbegriffen seiner besonderen Tatbestände jedesmal gewisse Handlungen als Ausführungshandlungen auszeichne und daß folglich

[1]) l. c. No. 988.

[2]) l. c. p. 59.

[3]) l. c.

[4]) l. c. Bd. I, p. 289.

[5]) Einer ähnlichen Kritik kann die Theorie Oetkers [l. c. p. 53 ff.] unterzogen werden. Sie wird später dargestellt werden.

mit der Vornahme dieser Handlungen das Gebiet des Versuchs betreten sei. Die Ausführung ist ihnen also nicht die Gesamtheit derjenigen Willensbetätigungen, welche Bedingungen eines wirklich eingetretenen Erfolgs gewesen sind, — wie wir sie definiert haben [1]) — sondern eine Gattung von Willensbetätigungen, welche durch das Gesetz als eigentümliche Bedingungen eines gewissen Deliktes charakterisiert werden [2]).

Ausführlich wird diese Auffassung schon bei *Mittermaier* [3]) in folgender Weise dargelegt: „Da immer nur ein bestimmtes Verbrechen versucht oder unternommen wird, so muß die vom Versuchenden verübte Handlung gerade so beschaffen sein, wie die Gesetze, welche dies bestimmte Verbrechen mit Strafe belegen, die Handlung als strafwürdig sich vorstellen, und sich darnach bezeichnen, damit auf sie als eine gesetzwidrige die Strafe dieses Verbrechens folgen kann. Es müssen daher in der Handlung des Versuchenden alle jene Merkmale liegen, welche nach dem gesetzlichen Ausspruche zum Tatbestande des Verbrechens gehören, welches beabsichtigt worden ist." Diese Ausführungen werden durch folgende Beispiele verdeutlicht: [4]) „Wenn der entschlossene Mörder in jenem Augenblicke, in welchem er den Dolch in des Feindes Brust bohren will, erwischt wird; wenn der Brandstifter schon die brennbaren Materialien unter das Strohdach steckt: so sind in allen diesen Fällen Tatsachen vorhanden, welche an sich unzweideutig rechtswidrig so beschaffen sind, daß der Handelnde schon in der verpönten Handlung des Mordens, Brandstiftens begriffen erscheint und vom Unrechte sich nicht wegläugnen kann". [5]) — An *Mittermaier* hat sich *Hepp* [6]) angeschlossen. Seine Lehre erscheint zwar für unsere Betrachtungs-

[1]) oben p. 23 f.

[2]) vgl. oben p. 26 Anm. 2.

[3]) Neues Archiv des Kriminalrechts I, p. 169 ff.

[4]) Anm. 4 ebenda.

[5]) Wie beiläufig bemerkt sei, will Mittermaier in diesem Zusammenhang nicht nur den Versuch von der Vorbereitung abgrenzen, sondern zugleich den Nachweis erbringen, daß mit der Strafe für das vollendete Delikt bereits die Versuchsstrafe ausgesprochen sei und daß es folglich einer besonderen Strafsanktion für das versuchte Delikt nicht bedürfe. — Vgl. übrigens die Argumente Krugs [l. c. p. 5 ff.) gegen diese Lehrmeinung.

[6]) l. c. p. 334 ff.

weise einigermassen fremdartig, weil sie innerhalb des Versuchs zwei Grade unterscheidet, das delictum perfectum und den conatus proximus. Aber wenn wir von dieser Abstufung absehen und lediglich fragen, in welcher Weise *Hepp* den entfernten Versuchsgrad, den conatus proximus, von der Vorbereitung, dem conatus remotus, unterscheidet, so finden wir, daß er den Anfang des Versuchs in den Anfang der Haupthandlung setzt. „Die Frage aber: was unter dem Anfange der Haupthandlung [als wodurch der conatus proximus seinen Begriff erhält] zu verstehen sei", sagt *Mittermaier*, „kann immer nur nach dem gesetzlichen Begriff des jedesmal vorliegenden Verbrechens entschieden werden." — Auch *v. Liszt*[1]) hat dieser Theorie seine Autorität geliehen, indem er die Ausführungshandlung definiert als diejenige Willensbetätigung, die im Einzelfalle der vom Gesetz unter Strafe gestellten Tätigkeit entspreche. Diese Willensbetätigung, sagt er, werde uns gegeben durch das im Tatbestande der einzelnen Verbrechen verwendete Tätigkeitswort. Hierher gehöre also das Erschießen, Erstechen, Vergiften bei der Tötung, das Schwören beim Meineid, das Brechen der Schutzgewalt bei der Entführung, des Gewahrsams beim Diebstahl. — *Oetker*[2]) definiert den Versuch als die Verwirklichung des letzten Hilfswillens. Damit scheint er sich auf den ersten Blick zu einer subjektiven Theorie zu bekennen. Was aber unter dem letzten Hilfswillen zu verstehen sei, bestimmt sich bei *Oetker* nicht nach psychischen Inhalten, sondern nach einer Eigenschaft der physischen Tätigkeit, auf welche sich der Hilfswille bezieht: „Es entscheidet der letzte Hilfswille, gerichtet auf eine nach Volksanschauung und Sprachgebrauch einheitliche Handlung, das Schießen, Vergiften, Inbrandsetzen, Vergewaltigen, Wegnehmen usw." Nun besteht aber die Handlung des Schießens, Vergiftens etc. regelmäßig aus einer Reihe von Einzeltätigkeiten, wie auch *Oetker* einsieht. Wir müssen deshalb weiter fragen: Welches ist das charakteristische Merkmal, das diesen Einzeltätigkeiten gemeinsam ist und sie zur Einheit der Ausführungshandlung zusammenschließt? Darauf antwortet uns *Oetker*: „Das einigende Band ist der Zweck. Jede Vorbereitungs- und jede Ausführungshandlung hat ihren besonderen Zweck [Ankauf einer

[1]) l. c. p. 136.
[2]) l. c. p. 53 ff.

Pistole, Laden derselben, Treffen eines bestimmten Ziels usw.], dem alle unterscheidbaren Handlungsbestandteile dienen, und alle zusammen stehen unter der Herrschaft des einen Zwecks, der Begehung eines bestimmten Verbrechens." Damit ist aber die Schwierigkeit nicht gelöst, sondern nur auf das psychologische Gebiet verschoben, und wir sind wieder zu der Frage berechtigt: Welches ist der Zweck, der für die Ausführungshandlung charakteristisch ist und sie als solche zusammenhält? Da bricht nun *Oetker* mit der Entwicklung seiner psychologischen Begriffe vom Zweck und letzten Hilfswillen plötzlich ab und erklärt kurzweg: „Das vom letzten Hilfswillen umfaßte Tun ist dem Handeln subsumierbar, das der gesetzliche Deliktsbegriff erfordert, ist species des Tötens, Brandstiftens, Wegnehmens usw." Damit ist aber *Oetker* trotz seiner Abschweifungen in das Gebiet des Psychischen auf dem Standpunkt von *Mittermaier* angelangt.

Die Entwickelung, welche die vier zuletzt genannten Autoren der Theorie von der Ausführungshandlung als einem Deliktsbestandteil gegeben haben, ist also in kurzer Zusammenfassung die folgende: Das Strafgesetz beschreibe in seiner Deliktsdefinition diejenigen Handlungen, die ihm als Bedingungen des verbrecherischen Erfolges schon an sich selbst für strafbar gälten, in ihrer sinnlich wahrnehmbaren Gestalt; es könne daher im Einzelfall festgestellt werden, ob eine Handlung als Gegenstand der äußeren Wahrnehmung, also nach ihrer physischen Seite, unter den gesetzlichen Deliktsbegriff gehöre und deshalb Bestandteil des Delikts, d. h. Ausführungshandlung sei.

Auf diese Behauptung haben wir zu erwidern: Zunächst gibt es in den Strafgesetzen nur wenige Tatbestände, in denen neben dem verbrecherischen Erfolg das Mittel seiner Herbeiführung ausdrücklich durch einen besonderen Satzteil bezeichnet wird. Beispiele dieser Art bilden die Tatbestände des Kinderraubs und des Betrugs.[1]) Die Meinung dieser Lehren geht also offenbar dahin, daß die Ausführungshandlung charakterisiert sei „durch das im Tatbestande der einzelnen Verbrechen verwendete Tätigkeitswort."[2]) Diese Auffassung ist bei *v. Liszt* ausgesprochen und muß auch den übrigen Lehren zu Grunde gelegt werden.

[1]) Deutsches Strafgesetzbuch §§ 235, 263. Code Penal art. 354, 405.

[2]) v. Liszt, l. c. s. o. p. 72.

Denn einen anderen Ausweg gibt es nicht, weil es eine Reihe von strafrechtlichen Tatbeständen gibt, in welchen das Tätigkeitswort[1]) den einzigen Satzteil darstellt, der die deliktische Tätigkeit bestimmt.[2])

Das Strafgesetz verwendet nun in der großen Hauptsache zwei Arten von Tätigkeitswörtern[3]) zur Bestimmung der einzelnen Tatbestände. Die Tätigkeitswörter der ersten Art bedeuten eine gewisse Zustandsveränderung und charakterisieren zugleich diese Zustandsveränderung als einen Erfolg, d. h. als gebunden an eine Bedingung [Beispiele: töten, verletzen, — blesser, publier.] Wir nennen sie Verba des Erfolgs.[4]) Diese Verba besagen demnach zweierlei: Einmal, daß ein bestimmter Zustand eintritt — dieser Zustand ist durch den Wortstamm bezeichnet — und dann, daß er einen anderen Zustand zur Bedingung hat.[5]) Der bedingende Zustand selber wird aber nicht durch das Verbum bestimmt. Man denke an folgendes Beispiel: Brutus hat Cäsarn getötet. Der Tod ist hier der eintretende bestimmte Zustand; das Verbum „töten" enthält den Hinweis auf eine Bedingung; diese selber aber ist durch das Subjekt „Brutus" bestimmt. Hiermit ist festgestellt, daß diese Tätigkeitswörter niemals eine bestimmte Art von kondizionalen Handlungen nach ihrer physischen Beschaffenheit als Ausführungshandlungen charakterisieren können. — Das gleiche Resultat ergibt sich unmittelbar für die Tätigkeitswörter der zweiten Art; diese bedeuten nichts weiter als eine Beziehung, sei es eine kausale, sei es eine logische, sei es eine andere Relation. [Beispiele: verursachen, verhindern, — causer, occasionner.] Wir nennen sie Verba der Beziehung.[6])

---

[1]) Wenn auch nur in der Form des Verbalsubstantivs.

[2]) vgl. meine zit. Dissertation, p. 41.

[3]) Es gibt Tätigkeitswörter, welche nicht an sich, sondern erst in Verbindung mit einem anderen Satzteil einen selbständigen Sinn haben [verba unvollständigen Sinnes, s. meine zit. Dissertation p. 42, 57 ff.). Die Ausführungen des Textes über die Tätigkeitswörter gelten entsprechend für diese Verbindungen von Satzteilen.

[4]) s. meine zit. Dissertation p. 43 f.

[5]) Damit ist die Bedeutung dieser Verba noch nicht erschöpfend analysiert. Es genügt zu ihrem Gebrauch nicht eine jede, sondern nur eine ganz bestimmte Art des Kondizionalzusammenhangs. s. hierüber meine zit. Dissertation, p. 43 ff.

[6]) s. p. 42, 52 ff. meiner zit. Dissertation.

Auch sie geben also keine Definition der Ausführungshandlung im Sinne jener Theorie.

Ist damit erwiesen, daß aus den Deliktsdefinitionen nicht ersehen werden kann, welche bedingenden Handlungen als Deliktsbestandteile zu gelten haben, so ist hierdurch die Theorie von der Ausführungshandlung als einem Deliktsbestandteil an sich noch nicht widerlegt, sondern nur eine Methode ihrer Durchführung als unbrauchbar verworfen. Bevor aber diese Theorie in sich selbst beurteilt werden kann, muß sie erst dadurch vollständig ausgebaut werden, daß genau bestimmt wird, was unter dem Bestandteil eines Deliktes zu verstehen sei. Dieser Begriff ist noch durch keinen ihrer Vertreter definiert worden. Auch die zuletzt behandelten Lehren geben nur ein äußeres Kennzeichen, an welchem erkannt werden soll, ob eine Handlung konstitutives Element eines Deliktes sei; den Begriff selbst definieren sie nicht; sie fixieren nur seinen empirischen, nicht aber seinen logischen Inhalt.[1]) Und so müssen wir, um die erörterte Theorie in ihren Grundlagen zu erfassen, selber das Wesen dieses Begriffs bestimmen.

Ein Delikt setzt sich zusammen aus der Willensbetätigung und dem Erfolg, welchen sie bedingt. Betrachtet man ein konkretes Delikt, so ergibt sich demnach, daß jeder Teil der kondizionalen Willensbetätigung ein konstitutives Element dieses Delikts bildet. Die geschilderte Theorie will aber gewisse kondizionale Handlungen vor anderen gerade dadurch auszeichnen, daß sie Deliktsbestandteile sind. Daraus folgt, daß bei der Beurteilung dieser Eigenschaft nicht ein konkretes Delikt den Gegenstand der Betrachtung bildet; es kommt nicht darauf an, ob eine Handlung konstitutives Element eines Deliktes in concreto, sondern darauf, ob sie konstitutives Element eines Deliktes in seiner abstrakten Normalform ist. Diese Normalform ist diejenige, in welcher ein Delikt in einer relativ häufigen Zahl von Fällen in die Erscheinung tritt. Sie ist die typische Gestalt eines Delikts im Gegensatz zu seiner außergewöhnlichen Erscheinungsform, eine Definition, durch welche nicht ausgeschlossen wird, daß ein und dasselbe Delikt in mehreren Normalformen zu Tage treten kann. So wird man z. B. einen Dolchstoß oder einen

[1]) s. Lipps, Logik, No. 254.

Büchsenschuß, welcher auf das ausersehene Opfer gerichtet ist, als eine typische Tötungshandlung ansehen, und so wird man auch das Erbrechen eines Behältnisses oder das Einsteigen in ein Gebäude als Bestandteil eines Diebstahls bezeichnen.[1]) Wir können nun die kondizionalen Handlungen, welche ein Delikt in seiner Normalform konstituieren, typische im Gegensatz zu atypischen Deliktshandlungen nennen. Und so können wir definieren: Die Vorbereitung ist überschritten mit denjenigen Handlungen, die für das fehlgeschlagene Delikt typisch sind.

§ 11.

2. Der Versuch als generelle Erfolgsbedingung.

Zu dieser Definition sind mehrere Schriftsteller gelangt und zwar direkt, ohne zuvor den Begriff vom Deliktsbestandteil aufzustellen und ohne folglich ihre Definition, wie wir es getan haben, von diesem Begriff abzuleiten:

Merkel[2]) ist der erste, welcher in dieser Weise den Versuch von der Vorbereitung abgegrenzt hat. Er charakterisiert die Ausführungshandlung dahin, daß sie unmittelbar auf die Verwirklichung der Deliktsmerkmale gerichtet sei,[3]) ihren generellen Merkmalen nach hierzu als geeignet erscheine und zu einer Art von Handlungen gehöre, ohne welche die jeweils in Frage stehenden Delikte nicht begangen werden könnten.

Ausführlicher hat *Meyer*[4]) diese Auffassung dargelegt: Er geht von unzweifelhaften Fällen aus und fragt sich z. B., woran es liege, daß das Aufsuchen der Gelegenheit zum Diebstahl noch der Vorbereitung, das Zugreifen nach der Sache der Ausführung des Diebstahls angehöre. Den Grund dafür glaubt *Meyer* darin zu finden, daß man es dort nur mit einer Bedingung des Erfolgs in seiner konkreten Erscheinung, hier mit einer Bedingung des Erfolgs in seiner abstrakten [strafrechtlich wesentlichen] Bedeutung zu tun habe. Ohne das Betreten des betreffenden Hauses, so er-

[1]) Mag auch über den Grad der geforderten Häufigkeit und deshalb bei einzelnen Beispielen Uneinigkeit entstehen, so bleibt doch das Prinzip festgestellt.

[2]) l. c. p. 128.

[3]) Diese erste Charakterisierung ist, an sich betrachtet, nichtssagend und empfängt ihren Sinn erst durch die beiden folgenden Bestimmungen.

[4]) l. c. p. 21 ff.

läutert er, habe man gerade diesen Diebstahl, den Diebstahl dieser Sache unter diesen Umständen nicht verüben können; wohl aber könne man überhaupt einen Diebstahl verüben, ohne sich erst in ein fremdes Haus zu begeben, nämlich dann, wenn man sich schon in dem betreffenden Hause aufhalte oder wenn es sich um eine Sache handle, die sich im Freien befinde. Ein Diebstahl sei indessen überhaupt unmöglich, wenn man nicht irgendwie die Sache aus dem Gewahrsam des anderen herausbringe.

In dieser Weise gelangt *Meyer* zunächst zu der folgenden Begriffsbestimmung: „Vorbereitungshandlungen sind diejenigen Handlungen, durch welche eine Bedingung des Erfolges nur in seiner konkreten oder individuellen Erscheinung, Ausführungshandlungen sind diejenigen Handlungen, durch welche eine Bedingung des Erfolges in seiner abstrakten [strafrechtlich erheblichen] Bedeutung gesetzt wird."

Gegen diese Bestimmung, so fährt *Meyer* fort, möchte man vielleicht einwenden, daß im Falle des oben angeführten Beispiels auch ohne persönliches Zugreifen nach der Sache ein Diebstahl begangen werden könne. Dem sei aber zu erwidern, daß ebenso wie hinsichtlich des Erfolges nicht auf den Erfolg in seiner konkreten Erscheinung, sondern auf den Erfolg in seiner allgemeinen [strafrechtlich wesentlichen] Bedeutung zu sehen sei, es ebenso auch hinsichtlich der Ausführungshandlung nicht auf die konkrete Gestaltung derselben, sondern nur auf ihre allgemeine, strafrechtlich erhebliche Bedeutung ankomme. Allerdings könne man auch ohne persönliches Zugreifen nach der fremden Sache einen Diebstahl begehen, nicht aber ohne irgend eine auf die Antastung des fremden Gewahrsams gerichtete Veranstaltung. Und um diesen Gedanken zum deutlichen Ausdruck zu bringen, gibt *Meyer* folgende endgültige Definition:

„Vorbereitungshandlungen sind diejenigen Handlungen, durch welche der strafbare Erfolg nur in seiner konkreten Erscheinung bedingt wird; Ausführungshandlungen dagegen sind diejenigen Handlungen, durch welche — dieselben in ihrer allgemeinen [strafrechtlich wesentlichen] Bedeutung genommen — der Erfolg in seiner allgemeinen [strafrechtlich wesentlichen] Bedeutung bedingt wird."

Diese Gedanken von *Meyer* und *Merkel* sind neuerdings

durch *Finger*[1]) wieder aufgenommen worden. Wenn auch seine Darstellung in den wesentlichen Zügen mit den Theorien der beiden zitierten Autoren übereinstimmt, so mag sie doch an dieser Stelle wiedergegeben werden, damit über diese ganze Lehrrichtung volle Klarheit entsteht: „Die Norm — so argumentiert *Finger* — verbietet in den Bewirkungsverboten die Herbeiführung bestimmter näher bezeichneter Erfolge, sie verbietet zu töten, zu verletzen usw.; sie verbietet hiermit alle Handlungen, die Ursachen werden könnten der in diesen Worten bezeichneten Erfolge. Alle Handlungen, die demselben Bewirkungsverbote zuwiderlaufen, zeichnen sich neben gewissen speziellen [besonderen] Merkmalen noch durch allgemeine Merkmale aus, die die Handlung charakterisieren als zu der Gruppe gehörig, die durch das einzelne Verbot bezeichnet wird [denen sie eben ihre Einreihung in die höhere Gruppe dankt]. Alle an sich betrachtet noch so verschiedenen Tätigkeiten, aus denen sich der Erfolg: Tod entwickelt, haben etwas Gemeinsames, das sie erkennbar macht als Tätigkeiten mit der Richtung auf den Erfolg: Tod. Dieses Gemeinsame wird in einem Bewußtseinsakt zusammengefaßt und zu demselben bei Beurteilung der einzelnen Tätigkeit eines Menschen diese in Beziehung gebracht. Eignung oder Nicht-Eignung einer Tätigkeit, einen Erfolg herbeizuführen, ist ein Urteil, das wir fällen und in welchem den Untersatz bildet die konkrete Tätigkeit, den Obersatz das allgemeine als Niederschlag aus der Erfahrung [aus zahlreichen Induktionen gewonnene] Urteil. — Man kann nun nicht einen Erfolg bewirken wollen, ohne zu wollen eine bis zu einem gewißen Grade individualisierte Tätigkeit, die als den gewollten Erfolg bewirkende nur deshalb betrachtet werden kann, weil ihr [neben den sie individualisierenden Merkmalen] noch jene zukommen, die sie charakterisieren als zugehörig zur Gruppe der jenen Erfolg bewirkenden Tätigkeiten. — Versuchshandlungen sind Handlungen, die an sich tragen die generellen Merkmale jener Gruppe von Handlungen, durch welche erfahrungsgemäß der Erfolg herbeigeführt wird, der durch die unternommene Versuchshandlung herbeigeführt werden sollte."

Dieses Resultat, zu welchem *Merkel* und *Meyer* gelangen, weicht in der Fassung von demjenigen ab, zu dem wir die Theorie

[1]) l. c. p. 312 ff.

von der Ausführungshandlung als einem Deliktsbestandteil hingeführt haben, aber auch nur in der Fassung und nicht dem Sinne nach, wie wir zeigen werden.

Zunächst ist von generellen Bedingungen eines generellen Erfolgs die Rede. Was darunter zu verstehen ist, soll durch ein Beispiel erläutert werden: Man denke sich einen Magneten in senkrechter Richtung über einem Eisenkörper. Es findet eine Anziehung statt, und zu den Merkmalen dieses Erfolges gehört unter anderen auch die senkrechte Richtung, in welcher sich der Eisenkörper bewegt. Man bringe aber sukzessiv den Magneten in verschiedene Lagen; dann wird sich auch die Bewegungslinie ändern. Man kann nun die Gesamtheit der beobachteten Erfolge unter einem Gattungsbegriff zusammenfassen, indem man eine Bewegung des Eisenkörpers in der Richtung nach dem Magneten konstatiert. Die senkrechte Linie muß hier als Merkmal der Bewegung fortfallen, weil sie nur für den ersten, nicht aber für die übrigen Fälle charakteristisch ist. Wir sind auf diese Weise von einem individuellen zu einem generellen Erfolg gelangt. Der Verallgemeinerung dieses Erfolgs entspricht aber auch eine Verallgemeinerung seiner Bedingungen. Denn wenn nunmehr die senkrechte Richtung nicht mehr zu den Merkmalen der Bewegung gehört, so folgt das daraus, daß auch die senkrechte Lage des Magneten zum Eisenkörper nicht mehr vorausgesetzt wird[1]).

Diese Erscheinung, daß mit dem Erfolge sich auch seine Bedingungen erweitern, kehrt nun in jedem Falle des kausalen Zusammenhangs mit logischer Notwendigkeit wieder. Denn sobald der Erfolg um ein Merkmal ärmer wird, können auch die speziellen Bedingungen dieses Merkmals entfallen. Und so gelangen wir zu dem Satze: Mit dem Umfang des Erfolgsbegriffs wächst auch der Umfang des Bedingungsbegriffs.

Damit ist zunächst klar gestellt, daß generelle Bedingungen nichts anderes bedeuten als Bedingungen eines generellen Erfolgs. Tautologisch aber ist es, mit Meyer allgemeine Bedingungen eines allgemeinen Erfolgs zu konstruieren. Aus dem gewonnenen Satze folgt auch ohne weiteres, daß der Einwand, der von ihm vorausgesehen wird und ihn zur Aenderung seiner ersten Definition veranlaßt, nicht gegen ihn erhoben werden kann. Denn wenn

[1]) Vgl. über diesen Gegenstand auch meine zit. Dissertation, p. 4.

der Diebstahlserfolg darin besteht, daß die Sache aus dem Gewahrsam eines andern herausgebracht wird, so ist offenbar, daß das persönliche Zugreifen nach der Sache als Bedingung des Erfolgs zu eng gefaßt ist, weil das persönliche Zugreifen diesen Erfolg in einer viel bestimmteren Erscheinungsform verwirklicht.

Nach Meyer und Merkel fällt nun unter die Vorbereitung eine jede Handlung, die Bedingung eines Erfolges in seiner konkreten Erscheinung ist, unter die Ausführung hingegen diejenige Handlung, die den Erfolg in seinem ganzen begrifflichen Umfange bedingt, wie er durch das Strafgesetz festgestellt ist. Die Ausführungshandlung ist demnach, um mit Merkel zu reden, diejenige, ohne welche das jeweils in Frage stehende Delikt nicht begangen werden kann. Aus dieser Definition folgt zugleich, daß jedem Delikt nur eine einzige Ausführungshandlung charakteristisch sein soll.

Man nehme nun ein beliebiges Delikt an und versuche, eine Handlung zu definieren, die in jedem Einzeltatbestande dieses Deliktes enthalten sei. Man wird bald erkennen, daß man vor einer unlösbaren Aufgabe steht, daß man jedesmal wieder den Begriff der gesuchten Handlung zu eng gefaßt hat und daß das betreffende Delikt auch in anderer Weise begangen werdea kann, — bis man vermöge eines circulus vitiosus, wenn auch in verschleierter Form, die Ausführung formal eben wieder als generelle Bedingung des betreffenden Erfolges charakterisiert. Dies zeigt sich deutlich gerade in den Definitionen, welche Meyer und Merkel selbst gegeben haben. Meyer bestimmt z. B. die Ausführungshandlung beim Diebstahl als die auf die Antastung des fremden Gewahrsams gerichtete [1]) Veranstaltung. Nun ist nicht zu ersehen, was die Antastung des Gewahrsams anderes bedeuten soll als den Bruch des Gewahrsams. Und so ist die Ausführung durch einen circulus vitiosus als generelle Bedingung des Diebstahlserfolges definiert, wenn auch in verdeckter Gestalt. Derselbe Vorwurf muß Meyer gemacht werden, wenn er die generelle Bedingung des Mordes als einen irgendwie gearteten Angriff auf die

---

[1]) „Gerichtet" bedeutet hier nicht „beabsichtigt", — denn der subjektive Zweck ist bei Meyers Definition der Ausführungshandlung belanglos — sondern „geeignet".

Person charakterisiert. Denn in dem Merkmal des Angriffs ist schon der Hinweis auf den verletzenden Erfolg enthalten, und der Begriff des verletzenden Erfolges bildet daher einen Bestandteil jenes Merkmals. — Nach *Merkel* nimmt derjenige, der in diebischer Absicht die Hand nach der fremden Sache ausstreckt oder zum Behufe Stehlens falsche Schlüssel anwendet oder mittelst Einbruchs oder Einsteigens zur Sache zu gelangen sucht, eine Ausführungshandlung vor. Es bedarf aber kaum der Erwähnung, daß es Diebstahlsfälle genug gibt, in welchen keine der bezeichneten Handlungen zu konstatieren ist.

Merkel gibt übrigens selber zu, daß sein Prinzip der Unterscheidung nicht exakt durchgeführt werden könne[1]):

„Komplizierten Verhältnissen gegenüber bietet die Abgrenzung der Ausführungsakte in der angegebenen Richtung allerdings bisweilen Schwierigkeiten. Aber wenn man hieraus schließen wollte, daß die ganze Unterscheidung objektiver Merkmale entbehre und deshalb wertlos sei, so würde darin eine erkenntnistheoretische Naivetät liegen. Ueberaus viele Begriffe der Jurisprudenz, der Wissenschaft überhaupt und des gemeinen Lebens haben mit den hier erörterten etwas Fließendes gemeinsam, ohne deshalb bedeutungslos zu sein. Ihre Anwendungsgebiete sind nicht durch unübersteigliche Zäune gesondert, vielmehr finden stetige Uebergänge im Gebiete benachbarter Begriffe statt, ohne daß die Einerleiheit der Nachbarn daraus zu folgern wäre."

Durch dieses Zugeständnis gibt Merkel zu erkennen, daß er eine Handlung nicht nur dann zur Ausführung rechnet, wenn sie in jedem Einzelfall eines Deliktes gegeben ist, — denn dadurch wäre der Begriff der Ausführung absolut fixiert und, nach jenem Bilde, durch einen unübersteiglichen Zaun abgegrenzt — sondern schon unter der Bedingung, daß sie mit einer gewissen Regelmäßigkeit wiederkehrt. Und so sind wir wieder bei der von uns deduzierten Auffassung angelangt, nach welcher unter die Ausführung diejenigen Handlungen fallen, die für das fehlgeschlagene Delikt typisch sind. In diesem Sinne muß auch die Theorie *Meyers* gedeutet werden, soll sie nicht deshalb undurchführbar sein, weil ihre Voraussetzungen mit unserer Erfahrung in Widerspruch stehen. So wird der Begriff der Ausführungshandlung

[1]) l. c. p. 129.

von einem absoluten zu einem relativen. Die Ausführung ist nicht mehr Bedingung eines Erfolges als qualitativ bestimmter Gattung, sondern Bedingung einer Vielheit von empirisch bestimmten Erfolgen. Sie wird -- in der Sprache der Logik — von einem generellen zu einem universalen Begriff.

Mit dem Nachweis aber, daß sowohl die Theorie von der Ausführung als einem Deliktsbestandteil als auch die Theorie von der Ausführung als einer generellen Erfolgsbedingung keinen anderen Gedanken birgt, als die Unterscheidung des Versuchs von der Vorbereitung danach, ob die vorliegende Handlung für das fehlgeschlagene Delikt typisch erscheint, ist die Kritik an beiden Theorien bereits vollzogen. Denn wenn auch noch nicht feststeht, worin die Strafwürdigkeit des Versuchs ihre Grundlage hat, so ist doch soviel klar, daß sie nicht davon abhängen kann, ob die vorgenommene Handlung mehr oder minder häufig zur Begehung des betreffenden Deliktes dient. Eine solche Auffassung kann weder in einer ethischen Lehre, noch in einem Satz der positiven Gesetze eine Rechtfertigung finden. Ja, noch mehr; sie würde in offenem Widerspruch mit dem Strafgesetz stehen, welches das vollendete Delikt regelmäßig definiert, ohne als Merkmal der Begehung eine für das betreffende Delikt typische Handlung vorauszusetzen, und dadurch implizite jenes Prinzip der Unterscheidung auch für die Definition des Versuchs verwirft, welcher ja nur eine besondere Erscheinungsform des Deliktes ist.

§ 12.

3. Der Versuch als Träger einer Gefahr.

Eine dritte Gruppe von generellen Theorien kann man als die Gefahrtheorien bezeichnen. Sie beruhen auf dem folgenden Grundgedanken: Stellt man sämtliche bekannte Fälle zusammen, in welchen eine gewisse Willensbetätigung gegeben war, und isoliert man diejenigen Fälle, in denen sie einen bestimmten Erfolg herbeiführte, so bezeichnet das Verhältnis zwischen der Zahl der letzten Fälle und der Zahl der gesamten Fälle die Größe der Wahrscheinlichkeit dafür, daß die gleiche Willensbetätigung bei ihrem Wieder-Eintreten den Erfolg herbeiführen wird. Und wo diese Wahrscheinlichkeit eine gewisse näher zu bezeichnende

Größe erreicht, ist die Grenze von Vorbereitung und Versuch überschritten.

Unter die Vertreter der Gefahrtheorie ist zunächst *Kohler*[1]) einzureihen, wenn er auch neben der Wahrscheinlichkeit des Erfolges noch andere konstitutive Momente des Versuches aufzählt: „Das Wesen des strafbaren Versuchs," so konstruiert Kohler, „besteht darin, daß der Wille zwar den entsprechenden verletzenden Erfolg nicht herbeigeführt hat, daß aber dieser Wille nicht bloß Wille geblieben, sondern sich in einer solchen Weise objektiviert hat, daß der Wille dadurch bereits ersichtlich zu Tage getreten ist. Die Objektivierung gilt nicht etwa bloß als Beweis des Willens, denn dieser kann aus anderen Umständen erwiesen werden — er kann erwiesen werden durch Geständnisse, Briefe, geheime Werkzeuge. Die Objektivierung ist auch nicht in der Weise erforderlich, daß einem jeden, welcher den Täter antrifft, der Vorsatz sofort ersichtlich ist — der Landesverräter, welcher mit Festungsplänen der Grenze zueilt, kann diese Festungspläne tief versteckt halten —; alles dieses ist nicht das Wesen der Objektivation. Ihr Wesen besteht vielmehr darin, daß der Wille mit seiner individuellen Eigenart in der Tat seinen Ausdruck gefunden hat, in der Tat, sei es, daß sie einem dritten Beschauer sofort erkennbar ist, oder daß sie nur erkennbar wird, wenn man den Täter durchsucht — denn das Wesentliche ist, daß der Wille sich in Tat umgesetzt hat. Und diese Umsetzung muß soweit gediehen sein, daß die deliktische Bestrebung bereits in ihrer individuellen Gestalt zur Ausprägung gelangt ist. Es genügt ein Rohbild der Tat, aber das Rohbild muß bereits die Züge der Tat zeigen."

Dieser Gedanke wird dann in folgender Weise näher entwickelt: „Allerdings ist die Objektivierung des Willens durchaus nicht immer eine so prägnante, daß die Handlung selbst allen Zweifel ausschließt, daß, wenn man nur die Handlung, nichts weiteres ins Auge faßt, die Tat ihre unzweifelhafte Charakteristik bietet. Allein dies ist auch nicht nötig; es genügt eine Charakteristik nach den Erfahrungen des Lebens. Auch bei vollendetem Delikt ist der Wille des Täters vielfach in der Tat noch nicht zum unzweideutigen Ausdrucke gekommen: Häufig kann die selbe

[1]) l. c. p. 16 ff.

Tat der Körper für das eine oder andere sein, und häufig muß man auch hier auf Umstände außerhalb der Tat Rücksicht nehmen, um zur unzweideutigen Charakteristik der Tat zu gelangen. Das beruht aber auf der mangelhaften Kongruenz der geistigen und der körperlichen Natur, in Folge welcher, selbst bei den größten Leistungen, oftmals ein unausgedrückter Rest der geistigen Natur übrig bleibt. Daher hat man mit Recht gesagt, daß die Umstände des Lebens, und zwar hier die Umstände des Verbrecherlebens bedeutend in Rücksicht kommen."

Das ist das eine Moment, welches den Versuch charakterisieren soll; zu ihm tritt aber noch ein anderes Moment, nämlich die Gefahr: „Der Wille muß bereits in der Tat zur Ausprägung gelangt sein, er muß dabei aber auch in hinreichender Energie ausgeprägt sein; in einer Energie derart, daß anzunehmen ist, der Täter wäre bei normalem Fortgange bis zum Schlusse seiner Tätigkeit gegangen. Möglicherweise kann jemand sich völlig den Plan des Deliktes zurecht gelegt haben, z. B. den Plan, eine elektrische Leitung und am Ende derselben einen Knopf anzubringen, um von seinem Hause aus den Gegner elektrisch zu töten; möglicherweise kann er sich die genauesten Informationen verschafft, die Stoffe gekauft, alles genau abgemessen und mathematisch berechnet haben, — er hat aber die Leitung noch nicht an Ort und Stelle gebracht, er hat sich auch noch nicht auf den Weg gemacht, er will es heute, morgen; — hier ist die Sache noch nicht beim Versuch, wohl aber ist der Versuch da, sobald er mit der Leitung sich an Ort und Stelle begibt — hier ist die Schwelle, wo die Sphäre der Tat betreten wird, und wo den Täter die Schatten der Tötungstat umgeben; denn in diesem Momente ist es klar, daß der Wille kein bloßer Luftzug ist, welcher seine Seele durchzog, sondern daß der Wille zu nachhaltiger Energie gediehen ist." — „Diese zwei Momente sind bei dem strafbaren Versuch wesentlich: Individualisierung durch die Tat und die nötige Energie, der nötige Sättigungsgrad des Wollens.

So sehen wir denn, wie bei *Kohler* zwei völlig verschiedene Gedankengänge vereinigt werden, um die entscheidenden Merkmale des Versuchs zu fixieren. Auf der einen Seite finden wir die Theorie von der Versuchshandlung als einem konstitutiven

Element des Deliktes. Denn wenn eine Objektivation in dem Sinne vorausgesetzt wird, daß der Wille mit seiner individuellen Eigenart in der Tat seinen Ausdruck gefunden habe, so ist eben damit das Merkmal eines typischen Verhältnisses zwischen Handlung und Delikt aufgestellt, welches jene Theorie als die spezifische Differenz zwischen Versuch und Vorbereitung auffaßt.[1]) Auf der anderen Seite ist die Gefahr als wesentlicher Begriffsbestandteil gedacht. — Da wir nun glauben, die Lehre von der Versuchshandlung als einem konstitutiven Deliktselement widerlegt zu haben, so können wir niemals die Theorie *Kohlers* in ihrer Totalität akzeptieren. Es bleibt uns vielmehr nur übrig, die zweite Gedankenreihe Kohlers zu verfolgen und das Moment der Gefahr darauf zu untersuchen, ob es an sich allein geeignet ist, den Versuch von der Vorbereitung abzugrenzen. Und in diesem Vorhaben werden wir dadurch bestärkt, daß wir in der Literatur eine andere Theorie finden, welche bei der Konstruktion des Versuches den Begriff der Gefahr verwertet, ohne ihn mit dem Begriff eines typischen Verhältnisses zwischen Handlung und Delikt zu kombinieren. Es ist die Theorie von *Klee*.[2])

Sie nimmt ihren Ausgangspunkt von den folgenden Sätzen: „Etwas objektiv verbrecherisches muß vorliegen, um die Handlung als strafbaren Versuch erscheinen zu lassen. Objektiv verbrecherisch, d. h. nicht mehr Vorbereitungshandlung, sondern strafbarer Versuch ist der Versuch dann, wenn er einzig und allein als Ausdruck des auf einen bestimmten verbrecherischen Erfolg gerichteten Willens ausgelegt werden kann. Die Handlung, in welcher sich der verbrecherische Entschluß äußert, muß ohne Rücksicht auf die subjektive Deutlichkeit des Entschlusses, auf trügerisches „iactari“ des Täters, an sich so beschaffen sein, daß sie unter dem Gesichtswinkel der ihr den Versuchscharakter verleihenden täterischen Absicht betrachtet, zweifellos dem bestimmten verbrecherischen Zweck dient.“

„Wann ist nun der Wille ein ausgesprochen verbrecherischer, wann rechtfertigt er die Strafe des Versuchs? Die Möglichkeit der Willensänderung ist solange gegeben, bis die Tat vollendet ist. Mit einer Ausnahme: beim sogenannten vereitelten Ver-

[1]) s. o. p. 75 f.

[2]) l. c. p. 12 ff., 15 ff.

brechen, dem dèlit manqué[1]) Hier hat der Wille die Feuerprobe bestanden, sich als wahrer Wille des Täters gezeigt; der Weg zur Rückkehr ist ihm versperrt: A hat auf B geschossen und daneben getroffen."

„Vom Standpunkt der Willenstheorie aus wäre es konsequent, den Versuch nur dann zu strafen, wenn er die Form des fehlgeschlagenen Verbrechens aufweist: Nur hier wird die wirkliche Beschaffenheit des täterischen Willens offenbar, mit der Möglichkeit eines Aufgebens des verbrecherischen Entschlusses braucht hier nicht mehr gerechnet zu werden. Beim nichtbeendigten wie beim beendigten Versuch hingegen besteht diese Möglichkeit des auf Grund eintretender Willensänderung erfolgenden Abstehens von der weiteren Ausführung der Tat, die Möglichkeit des straflos machenden Rücktritts."

„Indes, wenn die Tat bis zu einer gewissen Stufe, eben der des strafbaren Versuchs vorgeschritten ist, ist die Wahrscheinlichkeit des Rücktritts nicht mehr vorhanden. Im Gegenteil ist es nunmehr wahrscheinlich, daß der Täter das Verbrechen in das Stadium der Vollendung überführen werde. Die bloße Möglichkeit der Vollendung ist nicht ausreichend, das ius puniendi des Staates zu begründen; denn sie wird aufgewogen durch die Möglichkeit der Nichtvollendung."

„Die Wahrscheinlichkeit der Vollendung ist der Grund der Versuchsstrafe. Mit Rücksicht auf seine Gefährlichkeit, sahen wir im vorigen Kapitel, wird der Versuch bestraft. Gefährlichkeit ist aber die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines drohenden Uebels. Drohen kann das Uebel schon in weiter Ferne. Nach der Wahrscheinlichkeit, d. i. nach menschlicher Berechnung ist sein Eintritt erst dann zu befürchten, wenn es in gewisser Nähe ist." . . .

„Von dem, welcher in mörderischer Absicht einen Revolver käuflich ersteht, die geladene Waffe bereit legt, kann man nicht sagen, daß er seine Absicht wahrscheinlich ausführen werde. Höchstens läßt sich im Hinblick auf die Energie des verbrecherischen Vorsatzes von einer subjektiven Wahrscheinlichkeit sprechen, die aber von der objektiven Wahrscheinlichkeit weit entfernt ist. Diese objektive Wahrscheinlichkeit der Vollendung des

[1]) s. o. p. 7.

Delikts, auf welche sich die Versuchsstrafe gründet, fehlt, solange die mit Bezug auf den deliktuosen Erfolg ausgeführten Handlungen selbst nicht den Gedanken der wahrscheinlichen Vollendung des Verbrechens im objektiven Beobachter erregen."

Es stimmen also die Theorie von *Klee* und die Theorie von *Kohler*, soweit sie den Gefahrbegriff als Deliktsmerkmal behandeln, in den wesentlichen Zügen überein: Der Versuch beginnt in dem Moment, wo aus der Handlung an sich allein auf einen verbrecherischen Willen von solcher Energie geschlossen werden kann, daß er eine Gefahr von gewisser, näher zu bezeichnender Größe für das Zustandekommen des Erfolgs begründet. Wir erkennen nun sofort, daß diese Konstruktion nur eine Variation der Lehre vom dolus ex re darstellt, indem dort wie hier die Beurteilung des kriminellen Motivs lediglich von der Willensbetätigung auszugehen hat, mit welchem Begriff ein bestimmter Ausschnitt aus den Zuständen der äußeren Welt umgrenzt werden soll. Der Unterschied liegt nur darin, daß bei der ursprünglichen Lehre vom dolus ex re der Zweck aus der Betätigung in ihrer konkreten Gestalt und hier aus der Betätigung nach ihren generellen Merkmalen oder, anders gesagt, aus einer Mehrheit von Betätigungen derselben Gattung festzustellen ist; ferner darin, daß die Beurteilung des Motivs in der bezeichneten Weise sich dort nur auf seine Existenz, hier auch auf seine Energie bezieht. — Und an dieser Stelle kann zugleich auf die einzige Differenz hingewiesen werden, welche zwischen der Lehre von Kohler und der Lehre von Klee gegeben ist; eine Differenz, die indessen nicht innerhalb ihrer Konstruktion des Gefahrbegriffs von Bedeutung ist: Bei Klee ist die Existenz des Zwecks nach seinem ganzen Umfang, bei Kohler nur nach seiner individuellen Eigenart aus der Betätigung zu entnehmen. —

Aus der angegebenen Verwandtschaft der Gefahrtheorie mit der Lehre vom dolus ex re ergibt sich, daß an sie, wie an jene Lehre, zwei Forderungen herantreten: einmal die formelle Konstruktion des charakteristischen Begriffs der Betätigung und dann die materielle Begründung dieser Konstruktion durch ihre Herleitung aus einem Prinzip der Strafwürdigkeit. — In dem System von Kohler fehlt nun schon die formelle Abgrenzung des maßgebenden Handlungsbegriffs. Anders bei Klee:

Wir haben früher[1]) gesehen, daß *Hälschner* den entscheidenden Betätigungsbegriff der Lehre vom dolus ex re dadurch abzugrenzen suchte, daß er ihn in Gegensatz stellte zu dem Geständnis. Nur vermochte er für diese Auffassung keine Begründung zu geben, und daran scheiterte sein System. Es findet sich nun bei *Klee* eine Stelle, aus der vielleicht geschlossen werden kann, daß er die Handlung in ihrer Eigenschaft als Erkenntnisquelle für den kriminellen Zweck in demselben Sinne definiert wissen will: „Die Handlung, in welcher sich der verbrecherische Entschluß äußert, — so sagt er nämlich — muß ohne Rücksicht auf die subjektive Deutlichkeit des Entschlusses, auf trügerisches „iactari" des Täters, an sich so beschaffen sein, daß sie unter dem Gesichtswinkel der ihr den Versuchscharakter verleihenden täterischen Absicht betrachtet, zweifellos dem bestimmten verbrecherischen Zweck dient".[2]) Ist nun diese Interpretation der Auffassung von Klee richtig, so ist weiter zu untersuchen, ob es ihm gelungen ist, seine Ansicht zu begründen, ob er nachgewiesen hat, daß die unterbrochene Handlung nur unter der Voraussetzung strafwürdig sei, daß auf ihren deliktischen Zweck aus den kondizionalen Willensbetätigungen geschlossen werden könne.

Worin liegt aber für Klee der Rechtsgrund der Versuchsstrafe?

„Wie der Rechtsgrund der Strafe überhaupt, — so wird argumentiert — liegt auch der Rechtsgrund der Versuchsstrafe in der Notwendigkeit der Selbsterhaltung des gesellschaftlichen Organismus. Strafe setzt Verletzung der Rechtsordnung voraus. Durch das vollendete Verbrechen wird die Rechtsordnung zweifellos verletzt; der Schaden ist ein sinnlich wahrnehmbarer, unmittelbar gefühlter. Durch das versuchte Verbrechen entsteht ein solcher sichtbarer Schaden nicht, wohl aber wird der Rechtsordnung die Zufügung eines solchen Schadens gedroht, die Rechtsordnung wird gefährdet. Die Allgemeinheit wird durch den verbrecherischen Versuch beunruhigt, indem sie bedenkt, wie leicht sie durch den zum Glück vereitelten Angriff in ihrer Integrität hätte angetastet werden können."

„Ob der Verbrecher das Verbrechen vollende, ob es er bloß versuche, er wirft seinen Willen in die Wagschale gegen den

[1]) oben p. 56.

[2]) Im Zusammenhang zitiert oben p. 85.

Allgemeinwillen, er lehnt sich gegen die Rechtsordnung auf. Damit aber die Rechtsordnung reagiere, müssen Handlungen vorliegen, welche das unzweideutige Gepräge des verbrecherischen, d. h. sich gegen die Rechtsordnung wendenden Willens an sich tragen. Der bloße verbrecherische Wille läßt die Rechtsordnung intakt. Er kann ihr u. U. gefährlich werden, ist es aber in concreto nicht. Jemand mag der geschworene Feind aller bestehenden Ordnung sein, — so lange er keinen Angriff auf die von ihm gehaßte Ordnung macht, hat die Rechtsordnung keine Veranlassung, sich gegen diesen Willen zu richten, dessen wahren Inhalt und wirkliche Beschaffenheit allein die Tat erweisen kann. Die Strafe trifft nicht den verbrecherischen Willen als solchen, sondern nur die Objektivierung des verbrecherischen Willens. Für die Rechtsordnung ist der verbrecherische Wille an sich ebensowenig vorhanden, wie das Werk im Kopfe des Gelehrten für die Wissenschaft, das Gemälde in der Phantasie des Malers für die Kunst vorhanden sind. Taten will die Rechtsordnung sehen. Solange sich der Wille nicht entäußert, keine „„Willensäußerung"" vorhanden ist, ist der jeden Augenblick veränderliche, der Selbsttäuschung unterworfene Wille für die Objektivität des Strafrechts belanglos. „„Solange der Wille noch im Werden begriffen ist, heißt er Wunsch; wenn fertig, Entschluss. Daß er aber dies sei, beweist dem Selbstbewußtsein erst die Tat, bis zu ihr ist er veränderlich"".[1]) Cogitationis nemo poenam patitur. Der Gedanke ist exempt von der Herrschaft des Strafrechts, nicht von der der Moral, die es mit feinerem Stoff zu tun hat. Das Kriminalrecht, welches den äußeren Bestand der rechtlichen Ordnung schützt, hält sich an die groben Außenseiten des Lebens und kümmert sich nicht um das „„forum internum"". In der Ethik handelt es sich um Wollen, im Strafrecht um Tun und Erfolg".

In dieser Argumentation werden zwei wesentlich verschiedene Gedanken vermengt. Der allgemein anerkannte Satz, das nicht das bloße Wollen, sondern nur das Tun dem Strafrecht erreichbar sei, — cogitationis poenam nemo patitur — wird immerfort gleichgesetzt mit der viel weiter gehenden Behauptung, daß nur ein

[1]) Schopenhauer: „Ueber die Freiheit des Willens in den beiden Grundproblemen der Ethik."

solches Tun strafbar sei, aus welchem bereits das kriminelle Motiv hervorgehe. Und in dieser Weise werden die Gründe, welche jenen Satz stützen, für diese neue Position vindiziert. — Allerdings müssen Handlungen vorliegen, damit die Rechtsordnung reagiere; aber warum Handlungen, die das unzweideutige Gepräge des verbrecherischen Willens an sich tragen? Allerdings ist der Wille, der sich nicht entäußert hat, für das Strafrecht belanglos; aber warum muß er sich schon vollkommen in der durch ihn ausgelösten Betätigung entäußern? Auch ist zuzugeben, daß ohne die Betätigung der wahre Inhalt und die wirkliche Beschaffenheit des Willens nicht erwiesen werden kann; aber die Betätigung ist nicht die einzige Erkenntnisquelle des sie beherrschenden Willens. Damit erkennen wir, daß *Klee* ebensowenig wie *Hälschner* seine Forderung begründet hat, daß die Grundlage für die Beurteilung des verbrecherischen Zwecks unter Ausschließung des Geständnisses durch Isolierung der Erfolg-bedingenden Willensbetätigungen zu bilden sei. Es ist nun offenbar, daß die Gefahrtheorien im übrigen derselben Kritik unterliegen, der wir bereits die Theorie vom Dolus ex re unterworfen haben.[1]) Das Resultat dieser Kritik und seine Begründung, welche wir seinerzeit gegeben haben, werden durch die beiden Unterschiede,[2]) welche zwischen der behandelten Gefahrtheorie und der Lehre vom Dolus ex re bestehn, nicht berührt. Das geht aus der Natur dieser Unterschiede ohne weiteres hervor; denn sie betreffen Gegenstände, die völlig außerhalb desjenigen Gebietes liegen, auf welchem die Schwierigkeiten und Mängel der Konstruktion vom Dolus ex re entstanden sind. Und so gilt das Ergebnis, welches uns die Kritik der Lehre vom Dolus ex re geliefert hat, auch für die Gefahrtheorie, und wir schließen: Die der Gefahrtheorie eigentümliche Konstruktion, welche darin besteht, unter den Zuständen der äußeren Welt ein festes Gebiet zu begrenzen und einzig von diesem Gebiet ausgehend, den Handlungszweck zu beurteilen, ist erstens in ihrem wichtigsten Bestandteil unausgeführt geblieben, indem die Merkzeichen dieses engeren Gebiets von jener Theorie nicht präzis angegeben sind, und kann zweitens überhaupt nicht aus-

[1]) oben p. 58 ff.
[2]) s. o. p. 87.

geführt werden, ohne daß vernunftwidrige oder doch mindestens unbewiesene Sätze aufgestellt werden.

Im Anschluß an diese Konstruktionen bleibt noch die Auffassung von *Geyer*[1]) zu erwähnen, welche von den beiden vorhergehenden dadurch abweicht, daß sie einen Wahrscheinlichkeitsschluß aus der Natur der Handlung nicht direkt auf die Vollendung des Deliktes, sondern nur auf die Existenz der verbrecherischen Absicht fordert. Nach ihr sind nur solche Handlungen als Versuchshandlungen zu bestrafen, „in welchen sich, auch abgesehn von einem etwaigen Geständnis, die Richtung auf ein bestimmtes Verbrechen bereits erkennbar darstellt." Und dieser Satz soll in dem Sinne verstanden werden: „daß ein strafbarer Versuch erst dann anzunehmen sei, wenn die Versuchshandlung bereits einen Wahrscheinlichkeitsschluß auf die ihr zu Grunde liegende verbrecherische Absicht zuläßt."

Zur Widerlegung bedarf es nur eines Hinweises darauf, daß unsere Kritik über die Theorien von *Kohler* und *Klee* in gleichem Maße für diese Lehre gelten, da sie wie jene auf dem Begriff des Dolus ex re aufgebaut ist.

Diese Kritik führt uns nun ohne weiteres auf den Gedanken, ob die Gefahrtheorie nicht dadurch gerettet werden kann, daß ihr fehlerhaftes Element, nämlich ihre eigentümliche Methode zur Bestimmung der Gefahr, ausgeschieden wird. In dieser veränderten Form würde die Gefahrtheorie den Anfang der Ausführung als denjenigen Moment definieren, in welchem für die Vollendung des Deliktes eine Wahrscheinlichkeit von einem gewissen, näher zu bestimmenden Grade gegeben ist, welche aus allen beliebigen Objekten der Außenwelt ohne Unterschied festgestellt werden kann.

Die Gefahrtheorie in dieser modifizierten Gestalt ist aber identisch mit derjenigen Lehre, welche die Ausführung eines Deliktes als den Angriff auf das durch seine Strafsanktion geschützte Rechtsgut definiert. Bevor wir indessen den Nachweis der Identität beider Systeme unternehmen, gehen wir auf die Darstellung dieser neuen Lehre ein.

[1]) Kleinere Schriften, p. 261 ff.; Erörterungen p. 72 ff.; vgl. auch Zeitschr. für exakte Philosophie, Bd. II, p. 236 ff.; Gerichtssaal 18, p. 48 ff.

Baumgarten,[1]) der Begründer dieser Theorie, faßt seine Lehrmeinung in der folgenden Definition zusammen: „Jede Einwirkung des Handelnden auf das leidende Subjekt des Verbrechens, aus welcher die bestimmte, auf die Begehung desselben gerichtete Absicht gefolgert werden kann und in welcher sich der Angriff auf das Rechtsgut verkörpert, bildet die Ausführungshandlung." — Die eine Forderung dieser Definition, daß nämlich aus der Einwirkung des Handelnden die bestimmte auf die Begehung des Verbrechens gerichtete Absicht müsse geschlossen werden können, erweckt vielleicht den Anschein, als ob Baumgarten sich zur Lehre vom Dolus ex re[2]) bekennen wollte. Da er aber in seinen übrigen Ausführungen niemals die Gedanken dieser Lehre berührt, so muß dieses Merkmal lediglich als das Postulat des Vorsatzes in seiner allgemeinen Bedeutung interpretiert werden. Aus der Einwirkung des Handelnden, nicht aber aus ihr allein, so meint Baumgarten, soll das kriminelle Motiv erkannt werden. — Der Grundbegriff der Definition, das Merkmal des Angriffs, ist nun von Baumgarten nicht näher entwickelt worden. Er geht in der Darstellung noch auf einige Spezialfragen und auf einige Konsequenzen seiner Lehre ein, ohne aber einen Gesichtspunkt anzudeuten, unter welchem beurteilt werden könnte, wann der Angriff gegen ein Rechtsgut begonnen sei.

Roux[3]) geht von dem Gedanken aus, daß die kriminelle Verantwortlichkeit nur in dem Moment gegeben sein könne, in welchem der Täter in die Rechtssphäre eines andern eingedrungen sei: „La sphère juridique d'une personne est atteinte, lorsque l'attaque a commencé. Si cette attaque contient le fait même qui caractérise l'infraction, le délinquant pénètre sur le terrain de la loi pénale de plano par le délit. Si l'attaque est constituée par un fait autre, qui est accompli, parce qu'il doit servir à la réalisation du délit, il y pénètre par la tentative. La tentative peut donc être définie: l'attaque commencée contre le droit dont la violation constituera le délit." Dann werden eine Reihe von Folgerungen aus dieser Begriffsbestimmung gezogen. Aber gerade wie bei

[1]) l. c. p. 389 ff.
[2]) s. o. p. 53 ff.
[3]) l. c. p. 342 ff.

Baumgarten, so werden auch hier die charakteristischen Merkmale des Angriffs nicht fixiert.

v. Sterneck[1]) erläutert seine Auffassung am Tatbestande des Diebstahls: „Für die Eigenschaft der Handlung des Diebes als Versuchshandlung scheint ein ganz eigentümliches Verhältnis des Täters zu dem bedrohten Recht maßgebend zu sein, welches sich bei den verschiedenen Delikten, jenachdem sie sich gegen das Vermögen oder gegen die Person oder anderes richten, verschieden gestaltet. Das Eigentumsrecht des Bestohlenen ist nicht erst verletzt, wenn seine Sache entwendet worden. Sein Recht umgibt die Sache, und soweit diese Sphäre reicht, reicht auch der Rechtsschutz. Schon indem diese Sphäre überschritten wird, wird auch das Recht bereits verletzt. Das Recht des Eigentümers ist vom strafrechtlichen Standpunkt weitergehend als vom zivilrechtlichen. Vom zivilrechtlichen Standpunkt bildet die physische Grenze des Eigentumsgegenstands zugleich auch die Grenze des Eigentumsrechts, vom strafrechtlichen nicht. Der strafrechtliche Schutz des Eigentums geht soweit, daß schon ein Angriff auf dasselbe eine Rechtsverletzung darstellt. Das ist die Grenze zwischen Versuch und Vorbereitungshandlung.“[2])

Da sich nun ergeben hat, daß keine dieser drei Lehren das Merkmal des Angriffs näher entwickelt, so müssen wir selbst eine Definition dieses Begriffs zu geben versuchen: Der Angriff[3]) setzt zunächst eine Schädigungsabsicht voraus; man wird niemals von einem Angriff desjenigen sprechen, der einem andern unwillkürlich ein Uebel zuzufügen droht. Aber noch nicht jede Handlung, die eine Schädigung bezweckt, ist ein Angriff; sondern die Tätigkeit muß sich bis zu einem gewissen Grade an die Verletzung angenähert haben. Welches ist nun diese Annäherung? In welcher Richtung findet sie statt? Das sagt uns der gemeine Sprachgebrauch mit aller Deutlichkeit: Die Gefahr, welche mit

[1]) l. c. p. 9.

[2]) Vgl. endlich Buenger, l. c. p. 352 ff.

[3]) Grimm l. c. Bd. I, p. 356:
angreifen-arripere, apprehendre, aangrijpen, eigentlich mit der Hand, dem Fuß, dem Schnabel an etwas greifen.
angrif-arreptio, apprehensio, aggressio, ahd. anagrif.
Larousse, l. c. Bd. I, p. 884:
attaquer du latin attingere, atteindre. Fig. chercher ou tendre à détruire.

der schadenbezweckenden Handlung verbunden ist, muß durch das zeitliche Vorschreiten dieser Handlung bis zu einer bestimmten Größe angewachsen sein. In welcher Weise hierbei die Größe der Gefahr festgestellt wird, ist gleichgiltig; es genügt, daß sie festgestellt ist.

Wird aber das Merkmal des Angriffs in dieser Weise entwickelt, so ist zugleich festgestellt, daß die dargestellte Lehre, welche die Ausführung des Deliktes als den Angriff auf das durch seine Strafsanktion geschützte Rechtsgut definiert, identisch ist mit der Gefahrtheorie in der modifizierten Gestalt, welche wir ihr gegeben haben, nachdem unsere Kritik an ihr vollzogen war.

Es bleibt uns nun als letzte Aufgabe die Beurteilung dieser beiden Lehren in der gemeinschaftlichen Form, zu welcher wir sie ausgebaut haben. Und da stoßen wir sogleich auf die Kernfrage: Welches ist der Grad der Gefahr, mit welchem der Angriff beginnt? Man kann selbstverständlich keine mathematisch exakte Bestimmung dieses quantitativen Wertes fordern. Aber es müßte doch in einer dieser beiden Lehren irgend ein Gesichtspunkt gegeben sein, von welchem aus man, — wenn nicht in allen, so doch in möglichst vielen konkreten Fällen — beurteilen könnte, ob die schadenbezweckende Tätigkeit schon als Angriff zu betrachten sei. Ein solcher Gesichtspunkt fehlt aber vollständig. So erkennen wir denn, daß die beiden Lehren wohl einen Teil ihrer Konstruktion des Versuchsbegriffs ausgeführt, einen andern wesentlichen Teil aber vernachlässigt haben, indem sie für die geforderte Abmessung des Versuchsgebietes wohl die Art des Maßes, nämlich die Größe der Gefahr, nicht aber das Maß selber angeben.

B.

Die eigene Deduktion aus einem allgemeinen Rechtsprinzip.

Wir haben das Ergebnis unserer Gesetzinterpretation [1]) dahin bestimmt, daß sowohl das deutsche wie das französische Strafrecht eine Gesetzgebung darstellt, welche unser Problem nur insoweit löst, als sie neben dem Versuch die Vorbereitung anerkennt, aber die Grenze beider Begriffe nicht festsetzt, ja nicht

[1]) oben p. 26.

einmal andeutet. Und wir haben daraus geschlossen, daß die Aufgabe der Wissenschaft darin liegt, frei von jeder Bindung durch das Gesetz, die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch lediglich nach der Richtschnur eines Gesetzgebers, nämlich nach der Strafwürdigkeit der Handlung zu bestimmen. Wir haben alsdann die manigfachen Versuchsbegriffe dargestellt, welche die Wissenschaft konstruiert hat, und sind zu dem Resultat gelangt, daß sie sämtlich abzulehnen sind, indem sie entweder schon allein als Begriffe betrachtet, das gestellte Problem nicht lösen oder doch auf ein Prinzip der Strafwürdigkeit nicht zurückgeführt werden können. Es ist daher unsere Aufgabe, eine neue Versuchsdefinition zu geben, welche sowohl diesen formellen als diesen materiellen Mangel vermeidet.

Um aber die strafwürdige unterbrochene Handlung zu begrenzen, ist es vorerst nötig, ein allgemeines Prinzip der Strafwürdigkeit oder, was dasselbe bedeutet, ein höchstes Prinzip des Strafrechts zu gewinnen. Und weil das Strafrecht nur eine Sonderaufgabe des Rechtes überhaupt erfüllen will, so ergibt sich methodisch die Notwendigkeit, vor allem zu einem letzten Prinzip des Rechts aufzusteigen, um alsdann von ihm einen obersten Grundsatz des Strafrechts loszulösen. Es gibt nun eine Reihe von rechtsphilosophischen Lehren, durch welche ein letztes Prinzip dieser Art formuliert ist. Aber es finden sich in der bisherigen Literatur bloß zwei Systeme, in welchen ein solcher Grundsatz, der die singulären Rechtsnormen beherrschen solle, nicht lediglich in einem spekulativen Interesse konstruiert wird, sondern zugleich in der Weise und zu dem Zweck seine Ausgestaltung erfährt, daß es in positivem Verfahren möglich sei, spezielle Rechtssätze nach ihm zu beurteilen und zu erschaffen; es handelt sich also hier um zwei Lehrsysteme, welche im Unterschiede zu andern Strafrechtstheorien nicht nur abstrakte Forderungen über den Inhalt von Rechtssätzen aufstellen, sondern zugleich die Mittel und Wege zu ihrer konkreten Verwirklichung weisen, kurz um ein System von Regeln zur Bildung von singulären Rechtsnormen nach einem obersten Prinzip. Das eine dieser beiden Systeme ist *Stammlers* Lehre vom richtigen Recht, das andere *van Calkers* Lehre vom dem Rechtsprinzip der Vervollkommnung. So besteht unsre nächste Aufgabe darin, jedes dieser

Systeme zu verfolgen und uns darüber zu entscheiden, ob wir sein oberstes Rechtsprinzip anerkennen, um in diesem Fall aus ihm die gesuchte singuläre Rechtsnorm über die Strafbarkeit der unterbrochenen Handlung zu gewinnen. — Wir beginnen mit Stammlers Konstruktion.

I. Stammlers System vom richtigen Recht.

§ 13.

1. Das Prinzip des sozialen Ideals.

Stammler geht von dem Gedanken aus, daß die Rechtsordnung ein Mittel im Dienste menschlicher Zwecke sei, ein Mittel also, durch das ein gewisser Erfolg erreicht werden solle. Demgemäß gelten ihm diejenigen Rechtssätze als innerlich gerechtfertigt, welche ein richtiges Mittel zum rechten Zwecke darstellen; sie sind in der technischen Sprache dieser Lehre „richtiges Recht." [1]) Daran knüpfen wir folgende Erwägung:

Will man einen gegebenen Rechtssatz nach seiner Richtigkeit beurteilen oder will man richtiges Recht schaffen, so muß man zuerst nach einem höchsten Prinzip für die Richtigkeit alles Rechtes suchen, nach einem Prinzip, an dessen Hand jeweils festgestellt werden kann, ob der Inhalt von bestimmten rechtlichen Satzungen gerechtfertigt ist oder welche anderen Rechtsnormen statt ihrer der Forderung nach einer objektiv begründeten Anordnung entsprechen. Dieses Prinzip ist aber dem ersten Anscheine nach in einer doppelten Form denkbar: Es kann einmal vorgestellt werden als der letzte Inhalt der richtigen Rechtszwecke, sodaß richtiges Recht stets dadurch gefunden und erkannt werden könnte, daß es sich als richtiges Mittel zu diesem gegebenen Endzweck darstellte. Dieses Prinzip kann ferner bereits als eine Regel von rechtlichem Inhalt vorgestellt werden, indem man sich aus dem richtigen Rechtszweck einen höchsten Rechtssatz abgeleitet denkt, welcher der Inbegriff des richtigen Mittels zu diesem Zweck wäre und aus welchem daher die speziellen Rechtssätze im Wege der Deduktion gewonnen werden könnten.

---

[1]) l. c. p. 1.

Wir wenden uns nach diesen Erläuterungen des Problems zu *Stammler* zurück und fragen, ob er das gesuchte Rechtsprinzip in einer dieser beiden Formen erscheinen läßt. Die Antwort ergibt sich von selbst, sobald wir feststellen, daß Stammler die Existenz eines konstanten richtigen Rechtszwecks leugnet und zwar einmal ausgehend von der Erkenntnis, daß alles, was sich auf menschliche Bedürfnisse und auf die Art ihrer Befriedigung beziehe, bloß empirischer Natur und deshalb stetem Wechsel unterworfen sei, und ferner ausgehend von der Anschauung, daß der richtige Rechtszweck nur durch eine richtige Kombination der empirisch gegebenen Zwecke entstehe und deshalb an ihre Veränderungen gebunden sei, ihren Wandlungen folge:[1]) weil das zu konstruierende Rechtsprinzip unbedingte Geltung haben soll, der richtige Rechtszweck aber nach Stammlers Lehre seinen Inhalt wechselt, so kann bei dieser Auffassung das Rechtsprinzip nicht in einem Rechtszweck und deshalb auch nicht in einem von ihm abgeleiteten höchsten Rechtssatz verkörpert werden.

Und so hat denn auch Stammlers Prinzip weder einen richtigen Rechtssatz, noch einen maßgebenden richtigen Rechtszweck zum Inhalt, sondern lediglich eine Regel für ein Verfahren, in welchem der jeweils richtige Rechtszweck festzustellen sei, sodaß man aus ihm wiederum die Rechtssätze als richtige Mittel zu diesem Zwecke beurteilen und bilden könne. Stammlers Rechtsprinzip ist also eine Methode, in der man den notwendig wechselnden Stoff empirisch bedingter Rechtssatzungen dahin soll bearbeiten, richten und bestimmen können, daß er die Eigenschaft des objektiv Richtigen erhalte.[2]) Und dieser Methode als solcher schreibt Stammler eine unbedingte Geltung zu, eine Geltung, erhaben über die wechselnde Richtigkeit der Rechtsnormen und ihrer Zwecke. Was nun den Inhalt von Stammlers Methode des richtigen Rechts angeht, so können wir sie zusammenfassend charakterisieren als eine richtige Kombination der in einer bestimmten Entwickelungsphase empirisch gegebenen menschlichen Einzelzwecke zu dem rechtlichen Gemeinschaftszweck. Und in welcher Weise diese Kombination richtig anzustellen sei, wird

---

[1]) l. c. p. 117 und 196 ff.

[2]) p. 116 ff. l. c.; s. a. p. 14.

in den folgenden Ausführungen dargelegt, welche wir als die Fundamentalsätze von Stammlers Lehre wörtlich wiedergeben:[1])

„Wenn wir untersuchen, was in dem Begriff einer rechtlichen Verbindung von Menschen dem sachlichen Inhalte nach in einer allgemeingültigen Weise gelegen ist, so kommen wir zu dem Ziele: daß die Vereinigten, indem sie zusammenstehn wollen, ihre Zwecke besser zu fördern in der Lage sind. Es ist in jeder Rechtsordnung notwendig das Eine gedacht, daß die ihr Unterstellten den Kampf um das Dasein gemeinsam mit größerem Erfolge führen mögen, sodaß durch die Einfügung in die Gemeinschaft jeder zugleich sich am besten noch dienen kann. Die gedanklichen Elemente, nach denen wir hier forschen, welche jeder rechtlichen Regel immanent innewohnen, indem sie innerhalb dieser den konkreten Stoff der einzelnen Anordnung untrennbar begleiten, sind hiernach: Abgewogener Zweck des gemeinsamen Wirkens und ebenso eines jeden der Beteiligten. In dem Erstreben jedes besondern Rechtserfolges steckt das Wollen dieser Harmonie der Zwecke notwendig darin; und sofern es gelingt, ein sachliches Zusammenstimmen unter den allgemein geltenden und den stofflich besonderen Elementen zu schaffen und einen Widerspruch zwischen diesen Bestandteilen zu vermeiden, soweit ist der Inhalt der Regel gesetzmäßig und richtig."

Damit ist also der Gedanke ausgesprochen, daß gewisse unter den in einer bestimmten Lage gegebenen Einzelzwecken besser durch das Zusammenarbeiten der Gemeinschaft als durch die Sonderarbeit der Individuen zu fördern seien und daß deshalb in ihrer Verfolgung der richtige Gemeinschaftszweck oder — was für *Stammler* das Gleiche bedeutet — der richtige Rechtszweck gelegen sei. Und deshalb besteht für Stammler das Verfahren zur Bildung des richtigen Rechtszwecks in der Abwägung des Wirkens der Gemeinschaft gegen das Wirken eines jeden der Beteiligten im Sinn der Festsetzung einer geeigneten Arbeitsteilung unter der Kollektivität einerseits und den Individuen andererseits, in welcher er die Harmonie der Zwecke erfüllt sieht.

Es ist auch klar, daß diese Verfahrensregel in ihrer Geltung unabhängig ist von dem Inhalt der jeweilig geltenden Einzelzwecke, aus welchen der Rechtszweck kombiniert werden soll. Das geht daraus hervor, daß sie eben nur eine Regel ist für ein

[1]) l. c. p. 196 ff.

Verfahren, nach welchem jene Inhalte zu bearbeiten sind, und daß es deshalb nicht in ihrem Wesen liegt, jene Inhalte selber zu bestimmen. Deshalb müssen wir *Stammler* recht geben, wenn er in abstraktem Sinne die Gemeinschaft — deutlicher gesagt: den Gemeinschaftszweck, als welcher die Gemeinschaft erst schafft — bezeichnet „als die formale Einheit für alle denkbaren Zwecke der Einzelnen, mithin als eine Methode, diese konkreten und für sich ganz auseinander laufenden Begehren in unbedingt einheitlicher Weise nach einem gemeinsamen Endziele zusammenzufassen und zu vereinen."

Wenn nun die Gemeinschaft berufen ist, gewisse Einzelzwecke als die hierzu geeignetere Macht zu verwirklichen, so ist klar, daß die Erreichung dieser Zwecke nur unvollkommen sein kann, einmal schon aus dem Grunde, weil ihre Verfolgung durch gemeinsames, einheitliches Vorgehn geschieht, die zu verfolgenden Einzelzwecke aber meist nicht vollkommen übereinstimmen, und dann, weil um die Tätigkeit einer Gemeinschaft zu ermöglichen, der Gemeinschaft individuelle Güter, das heißt auch wiederum Einzelzwecke geopfert werden müssen. Wenn daher das gemeinschaftliche Handeln als das beste Mittel zur Erreichung gewisser Einzelzwecke anerkannt wird, so ergibt sich daraus die Forderung, daß die individuellen Ziele für den Einzelnen nicht mehr unbedingt maßgebend sein dürfen, sondern nur mit der Einschränkung, welche sich dadurch ergibt, daß sie durch gemeinschaftliches Handeln verwirklicht werden sollen. Und in diesem Sinne muß der Einzelzweck dem Gemeinschaftszweck weichen. Diesen Gedanken gibt Stammler in folgender Weise wieder:

„Eine Harmonie der Einzelzwecke ist in gesicherter Methode nicht möglich, so lange in ihnen das subjektiv Bedingte, der besondere Gegenstand des Begehrens das bestimmende Gesetz bleiben würde. Die Sonderzwecke des Wünschens und Strebens sind der zu richtende Stoff; sie dürfen aber in ihrem beliebigen Auftreten bei den einzelnen Subjekten nicht den Anspruch erheben, das oberste Ziel für sich zu sein. Das wäre schon bei dem Willensinhalte des Einzelnen für sich nicht zutreffend ausgedacht; muß aber ganz versagen, sobald von der rechten Art der Gemeinschaft die Rede ist. Hier mögen subjektive Einzelziele, welche die Teilhaber als prinzipiell bloß

subjektv gültige verfolgen, in einer gewissen Lage einmal zufällig zusammenstimmen; aber eine gesetzmäßige Gewähr hat man dafür natürlich nicht."

Zusammenfassend bestimmt endlich *Stammler* seine Idee vom Gemeinschaftszweck dahin: „Das Ziel der rechtlichen Gemeinschaft kann blos eine Verbindung der einzelnen Verbundenen in ihrem Wollen als Selbstzwecke sein. Der abstrakte Gedanke einer unbedingten Gesetzmäßigkeit des gesellschaftlichen Daseins fordert die Verschmelzung dessen, was an den Bestrebungen der Gemeinschafter selbst als allgemeingültig angesehen werden kann: Es ist das in dem Inhalte seiner Ziele freie Wollen, das in dem abgezogenen Begriffe einer Gemeinschaft verbunden gedacht wird."

Der Wille der Gemeinschaft ist nämlich in dem Sinne inhaltlich frei, daß er nicht durch das Rechtsprinzip inhaltlich bestimmt wird, und zwar aus dem Grunde, weil das Rechtsprinzip, wie gezeigt, nur eine Methode zur Bildung des Gemeinschaftswillens darstellt, aber keine Inhalte des Gemeinschaftswillens in sich faßt; in dieser Bedeutung ist der Gemeinschaftswille inhaltlich frei, das heißt frei von dem Rechtsprinzip oder, was das gleiche ist, von dem „abgezogenen — d. i. abstrakten — Begriffe einer Gemeinschaft" und doch „in ihm verbunden," als der Methode, durch welche er gebildet wird.

Und von dieser Auffassung aus bestimmt *Stammler* sein Endergebnis dahin: „Es ergibt sich die Formel der Gemeinschaft frei wollender Menschen; als letzter Ausdruck, welcher alle möglichen Zwecke von rechtlich Verbundenen inhaltlich zusammenfaßt. Ich nenne sie das soziale Ideal."

„Es ist eine Definition des Begriffes Richtigkeit eines Rechtsinhaltes, eine Begriffsbestimmung der sozialen Gesetzmäßigkeit: Der Inhalt einer Norm des Verhaltens ist richtig, wenn er in seiner besonderen Lage dem Gedanken des sozialen Ideales entspricht."

§ 14.

2. Die abgeleiteten Prinzipien.

Ist damit ein Prinzip aufgestellt, nach welchem der jeweils richtige Rechtszweck zu ermitteln ist, so hat doch dieses Prinzip

vorerst einen zu allgemeinen Inhalt, als daß es zur Lösung konkreter Probleme geeignet wäre. Es muß vielmehr die Methode des richtigen Rechtes noch weiter ausgebaut werden. Und dieses kann nur dadurch geschehen, daß aus dem allgemeinen Grundsatz auf deduktivem Wege engere Grundsätze entwickelt werden, die als Bestandteile der Methode des richtigen Rechts selbst wieder nur Verfahrensregeln zur Feststellung des Rechtszwecks sein und deshalb weder einen Rechtszweck, noch einen Rechtssatz zum Inhalt haben dürfen.

„Der Gedanke des sozialen Ideals — so führt *Stammler* in diesem Sinne aus —[1]) kann unvermittelt bei den konkreten Aufgaben eines abwägenden Urteils nicht angewendet werden. Es ist zwar jeder Satz, der richtiges Recht behauptet, von der Idee, die wir ausgeführt haben, in der Sache abgeleitet; aber damit ist eine Ableitung dem Verfahren nach noch nicht angegeben. Wie der Naturforscher, der eine Einzelerscheinung gesetzmäßig erkennen will, sie nicht unmittelbar unter den Gedanken der unbedingten Einheit aller Erscheinungen blos verbringt, sondern zu ihrer rechten Auffassung auf herausgearbeitete Grundsätze und wieder auf diese sich stützende Naturgesetze zurückgeht, bis er seine Sonderaufgabe in das Ganze zusammenstimmend einfügt: so werden wir auch für die Probleme, richtiges Recht zu erhalten, ein System von Grundsätzen und dann weiter untergeordneten Lehren und Anweisungen nötig haben, mit deren Hilfe in gesicherter Methode der einzelne Fall in dem Wunsche nach gesetzmäßig beschaffenem Rechtsinhalte bearbeitet zu werden vermag." Welche Sätze spezieller Natur lassen sich nun aus dem Prinzip vom richtigen Rechte deduzieren?

Das soziale Ideal ist der Gedanke, daß diejenigen Einzelzwecke, die wirksamer durch gemeinschaftliche, als durch individuelle Tätigkeit verfolgt werden, zum Gemeinschaftszweck erhoben werden sollen. In diesem Sinne steht die Gemeinschaft nur im Dienste der Sonderzwecke; der Einzelne schließt sich ihr nur an, wenn er durch diese Verbindung seine individuellen Zwecke besser zu fördern vermag. Andrerseits entspringt, wie in früherem Zusammenhang[2]) schon hervorgehoben wurde, aus

[1]) p. 203 ff. l. c.

[2]) oben p. 99 f.

der Verfolgung von Einzelzwecken durch Anschluß an die Gemeinschaft die Forderung, daß wiederum gewisse Einzelzwecke den Interessen der Gemeinschaft zu opfern seien, ein Opfer, das mittelbar den individuellen Interessen gebracht wird, welchen die Gemeinschaft doch einzig zu dienen berufen ist. Daraus ergibt sich aber unmittelbar, daß eine Gemeinschaft dann einen richtigen Zweck nicht verfolgt, wenn sie dem Einzelnen nur Opfer an Zwecken auferlegt, ohne auf der andern Seite seine Sonderinteressen zu fördern.

„Da das Grundgesetz der sozialen Betrachtung — so argumentiert *Stammler*[1]) — auf die Idee eines verschmelzenden Zusammenlebens und Zusammenwirkens hinausgeht und in der unbedingten Solidarität der Interessen ausmündet, so muß man zu einer Betonung der Zusammengehörigkeit gelangen. Hier wird ein jeglicher in seiner Eigenschaft als Mitglied des Ganzen in das Auge gefaßt, an dem sie alle im Günstigen und im weniger Guten ihren notwendigen Anteil haben müssen."

Diese Gedanken faßt *Stammler* als das Prinzip des Teilnehmens zusammen, und er formuliert dieses Prinzip in zwei getrennten Sätzen:[2])

1. „Es darf nicht ein rechtlich Verbundener nach Willkür von der Gemeinschaft ausgeschlossen sein."

2. „Jede rechtlich verliehene Verfügungsmacht darf nur in dem Sinne ausschließend sein, daß der Ausgeschlossene sich noch der Nächste sein kann."

„Diese Sätze — so wird erläutert — zielen auf die Durchführung des Gedankens der Gemeinschaft. Sie bringen zum Ausdrucke, daß das rechtliche Gebot, welches die Einzelnen zu einem gemeinsamen Kampfe um das Dasein vereinigt, sich nicht selbst untreu werden darf. Es würde aber in einen Widerspruch geraten, wenn es zu gleicher Zeit den Einzelnen dem sozialen Zusammenschluße zwangsweise unterwürfe und ihn doch im besonderen Falle als einen solchen behandelte, der ausschließlich rechtliche Pflichten hätte. Das würde überall nur eine Karikatur zu dem Begriffe des Zusammenwirkens liefern. Der Wunsch nach Vermeidung jenes logischen Widerstreites, der sonst zwischen

[1]) p. 207 l. c.
[2]) p. 211 l. c.

den Grundgedanken eines richtigen Rechtes und der Einzelbetätigung entstehn würde, führt zu den Grundsätzen des Teilnehmens."

Es fragt sich nur noch, in welchem gegenseitigen Verhältnis die zitierten Sätze stehen. *Stammler* erklärt dieses Verhältnis in folgender Weise[1]): der erste Satz formuliere das Prinzip des Teilnehmens von dem Ausgangspunkt einer sonst einzusetzenden Verpflichtung her und begrenze die Möglichkeit einer Gebundenheit der Rechtsgenossen untereinander; der andere nehme als Stützpunkt die Frage nach dem Maße einer zu erhebenden rechtlichen Anforderung und setze der Art und dem Umfange der zu verlangenden Leistung gesetzmäßige Schranken. So gehe jener Grundsatz auf das Bestehen und der zweite auf das Ausführen von Rechtsverhältnissen.

Das Prinzip der Unterscheidung ist damit klargelegt. Wir vermögen aber diese Trennung der beiden Sätze nur in dem Sinne zu verstehen, daß sie beide einander nicht gleichgeordnet sind, — Stammlers Auffassung in diesem Punkte ist zweifelhaft — daß vielmehr der erste Satz nur eine Folgerung aus dem zweiten enthält. Denn wenn der Art und dem Umfang der zu verlangenden Leistung gesetzmäßige Schranken gezogen werden, so ergibt sich ohne Weiteres, daß die Bestimmung der Leistung nicht mehr der Willkür eines Einzelnen unterliegen kann, weil eben jene objektiven Schranken die Willkür ausschließen. Die erste These ist in der zweiten bereits einbegriffen und ist aus ihr als analytisches Folgerungsurteil gewonnen. Und so können wir den zweiten Satz an sich allein als die vollkommene Darstellung des Prinzips vom Teilnehmen betrachten.

Neben dem Grundsatz des Teilnehmens ergibt sich nun für *Stammler* aus der Methode des richtigen Rechts noch „der Grundsatz des Achtens:"

Weil nämlich nach der Idee des sozialen Ideals — so ist der Gedankengang — die Gemeinschaft nichts weiter ist als eine Form, in welcher die Individuen ihre Einzelzwecke besser zu erreichen vermögen, und deshalb die Gemeinschaft im Dienste der Einzelzwecke steht, so ergibt sich, daß sie ihrem Begriffe nach

---

[1]) p. 208 und 211 l. c.

ihre Tätigkeit unabhängig davon entfalten soll, welches die Inhalte der Einzelzwecke sind. In diesem Sinne ist auch das soziale Ideal von Stammler in der früher [1]) zitierten Definition bestimmt als „das in dem Inhalte seiner Ziele freie Wollen, das in dem abgezogenen Begriffe einer Gemeinschaft verbunden gedacht wird.“ Und diese Norm, daß der Einzelne in der Wahl seiner individuellen Zwecke der Gemeinschaft gegenüber frei sei, indem die Gemeinschaft ihren Zweck nach seinen Sonderzwecken richten müsse, in Verbindung mit der hieraus weiter sich ergebenden Norm, daß die Gemeinschaft die Opfer, die sie von dem Einzelnen verlange, nur aus der Förderung dieser Sonderzwecke rechtfertigen könne, wird bei Stammler als der Grundsatz des gegenseitigen Achtens bezeichnet.

„Indem die rechtlich Verbundenen — so führt er aus [2]) — in der Idee als solche vorgestellt werden, die in Richtigkeit ihre Einzelziele verfolgen, so tritt jeder Einzelne als ein zugleich den andern unbedingt achtender und von ihm ebenso geachteter Mensch hervor. Denn dieses fordert das soziale Ideal: Daß nicht der Einzelne gezwungen werde, im rechtlichen Verkehre seinen wohlberechtigten Interessen zu entsagen. Die grundsätzliche Richtlinie geht hier auf eine Beachtung des einen rechtlich Verbundenen wechselseitig gegenüber dem andern. Es wird also in der Reihe der anzuspinnenden Gedanken ein jeder in seinen eigenen Zwecken zum nächsten Ausgangspunkte genommen.“

Der Grundsatz des Achtens wird nun in entsprechender Weise wie der Grundsatz des Teilnehmens in zwei getrennten Sätzen formuliert: [3])

1. „Es darf nicht der Inhalt eines Wollens der Willkür eines andern anheimfallen.“

2. „Jede rechtliche Anforderung darf nur in dem Sinne bestehn, daß der Verpflichtete sich noch der Nächste sein kann.“

Dazu bemerkt *Stammler* [4]): „Die beiden Sätze leiten sich in unmittelbarer Folge aus dem obersten Zielpunkte des Rechtes, dessen Formel in dem sozialen Ideale besteht, geschlossen ab.

---

[1]) oben p. 100, vergl. dazu unsere Interpretation p. 100.

[2]) p. 206 l. c.

[3]) p. 208 l. c.

[4]) p. 208–209 l. c.

Daraus, daß der Begriff der Richtigkeit eines Rechtsinhaltes in der Idee einer Gemeinschaft frei wollender Menschen wurzelt, ergibt sich notwendig, daß bei aller äußeren Regelung für einen jeden ihr Unterstellten immer die Möglichkeit bleiben muß, Richtiges zu wählen."

Was zunächst das Verhältnis der beiden Sätze zueinander betrifft, so sollen sie nach Stammler genau in der gleichen Relation stehen, wie die zwei Sätze, die das Prinzip des Teilnehmens formulierten. Es ergibt sich auch ohne Weiteres, daß diejenigen Ausführungen, die wir dort über die gegenseitige Beziehung der beiden Sätze gemacht haben, auch hier zutreffen und daß wir deshalb in dem zweiten Satz an sich allein den vollständigen Ausdruck des Prinzips vom Achten finden können.

Haben wir aber den Grundsatz des Achtens klar erfaßt, so erkennen wir sofort, daß er keinen andern Inhalt hat, als den Grundsatz des Teilnehmens in einem besonderen Anwendungsfall. Denn wenn die Forderung gestellt wird, daß die Gemeinschaft Zwecke der Einzelnen unabhängig von ihrem Inhalt schon deshalb verfolgen solle, weil sie das geeignete Mittel für diese Zwecke sei, und daß sie aus diesem Grunde dem Einzelnen nicht einerseits Opfer auferlegen und auf der andern Seite seine Sonderzwecke aus der Rücksicht auf ihren Inhalt vernachläßigen dürfe, so ist damit dasselbe Postulat aufgestellt, das schon in dem Grundsatz des Teilnehmens ausgesprochen war; der charakteristische Unterschied ist nur der, daß der Grundsatz des Achtens jenes frühere Prinzip in einer ganz speziellen Form zur Erscheinung bringt, in welcher es sich gegen den unrichtigen Gedanken wendet, daß der Grundsatz des Teilnehmens aus einer Rücksicht auf den Inhalt der Einzelzwecke verletzt werden dürfe. Die beiden Prinzipien stehn also zueinander in dem gleichen Verhältnis wie die beiden Sätze, in welchen die zwei Prinzipien bei *Stammler* jeweils verkörpert werden: der Grundsatz des Achtens ist nur ein analytisches Folgerungsurteil aus dem Grundsatz des Teilnehmens. Daß jener Satz nur den Inhalt des ersten wiedergebe, gesteht übrigens Stammler unwillkürlich selber zu, indem er in der weiteren Erläuterung des Grundsatzes vom Achten, einen Moment von der Berücksichtigung des Inhalts der Einzelzwecke abstehend, präzis den Grundsatz des Achtens durch

den Grundsatz des Teilnehmens wiedergibt:[1]) „Es darf nicht der Sinn eines rechtlichen Gebotes der sein, — so sagt er — daß der Einzelne den bedingten subjektiven Zwecken des andern alles opfere; daß er „müssen muß" und jene persönlichen Ziele für sich als letztes Ziel zu erachten habe."

Und auf diese Weise gelangen wir zu der Auffassung, daß alle die engeren Prinzipien, die Stammler aus dem allgemeinen Prinzip des sozialen Ideals entwickelt, in seiner zweiten These über den Grundsatz des Teilnehmens zusammengefaßt werden können:

„Jede rechtlich verliehene Verfügungsmacht darf nur in dem Sinne ausschließend sein, daß der Ausgeschlossene sich noch der Nächste sein kann."

Dieser Grundsatz des Teilnehmens gilt für die Methode des richtigen Rechts in ihrem gesamten Anwendungsgebiet. Neben diesem Satz von allgemeiner Geltung hat aber Stammler noch einige Postulate für den Fall aufgestellt, daß jene Methode speziell zur Setzung neuen Rechtes dienen soll; er nennt sie „die Postulate der Politik."[2])

Er führt aus: „Es ist für alle rechtlichen Betätigungen ohne Ausnahme das gleiche Prinzip und dieselbe grundlegende Methode einzusetzen. Und es ergibt sich notwendigerweise, daß die Grundsätze des richtigen Rechtes überall ohne sachliche Aenderung beobachtet werden müssen. Indessen macht sich für ihre Verwertung eine beachtenswerte Modifikation möglich. Denn bei der Rechtsprechung handelt es sich um Auseinandersetzung in einer gegebenen Streitfrage, die in ihrer Besonderheit schon mit festem Widerstreiten beider Teile erschöpfend aufgeworfen ist; und bei der Verwaltung im inneren des Staates, wie nach außenhin ist lediglich in gleicher grundsätzlicher Art vorzugehn. Dagegen kommt es bei der politischen Angabe, die auf Setzen neuen Rechts gerichtet ist, auf Maximen an, die zwar auch in besonders geschaffener Lage bewährt werden sollen, jedoch mehr schöpferisch, als bloß schlichtend durchzugreifen haben. Darum vermögen die Grundsätze des richtigen Rechtes in der politischen Aufgabe des letztgenannten Sinnes die Form von Anweisungen anzunehmen, in der

[1]) p. 209 l. c.

[2]) p. 299 ff. l. c.

sie als Forderungen zur Ergreifung der Initiative an denjenigen herantreten, dem die fragliche Vertretungsmacht gegeben ist."

Der Gedanke ist also der, daß für das Verfahren der Gesetzgebung im Unterschiede zu dem Verfahren der Rechtsprechung und der Setzung von Verwaltungsnormen aus dem Prinzip des richtigen Rechts besondere Forderungen zu deduzieren seien, bedingt durch die Eigentümlichkeit jener ersten Verfahrensart, die darin liege, daß die Gesetzgebung materiell neue Normen schaffe, während das richterliche Urteil und der Verwaltungsbefehl nur der Form nach neue Regeln festsetzten, inhaltlich aber sich nur innerhalb der Schranken schon gesetzter, sie umfassender Normen bewegten.

Die besonderen Forderungen für die Gesetzgebung, „die Resultate der Politik" sind für *Stammler* die folgenden:[1])

1. „Das Postulat der Rechtssicherheit: das geltende Recht ist vor Willkür zu schützen; es darf nur durch neues Recht beseitigt werden."

2. „Das Postulat der Persönlichkeit: die Verpflichtungen der Rechtsunterstellten sind in einer Weise zu bestimmen, daß der Gedanke eines gemeinsamen Kämpfens wirksam ist; es muß jeder auch Selbstzweck bleiben."

3. „Das Postulat der allgemeinen Fürsorge: Es ist immer darauf zu sehen, daß möglichst viele möglichst sicher zu richtigem Wollen erzogen werden."

4. „Das Postulat des Maßes: Die dem Einzelnen von rechtswegen eingeräumte Verfügungsgewalt ist nach oben wie nach unten hin in bedingten Schranken zu halten."

Es hätte nach unserm Dafürhalten einer Erklärung darüber bedurft, in welcher Weise diese Sätze aus dem Prinzip des richtigen Rechts deduziert sind. Weil nun Stammler die Thesen nicht näher begründet, sie vielmehr nur in Kürze durchgeht, wie er selbst zugibt, so ist die Stellungnahme zu ihnen erschwert.

Was den ersten dieser Sätze, das Postulat der Rechtssicherheit, betrifft, so ist nicht vollkommen verständlich, wie er eine Weiterentwicklung und damit einen Bestandteil der Methode des richtigen

---

[1]) p. 301 l. c.

Rechts, wenn auch in einer besondern Anwendungsform, bilden soll. Denn diese Methode hat begrifflich nur die Feststellung des Gemeinschaftszwecks seinem Inhalte nach zum Gegenstand, während das Postulat der Rechtssicherheit ein geeignetes Mittel feststellen will, um diesen Zweck zu verwirklichen. — Was zunächst das Postulat der allgemeinen Fürsorge angeht, so kann es nicht in eine Methode des richtigen Rechtes einbegriffen werden, weil diese Methode wie schon festgestellt wurde,[1]) ihrem Begriffe nach von jedem Zweckinhalt unabhängig ist, das Postulat der allgemeinen Fürsorge aber einen Gemeinschaftszweck von bestimmtem Inhalte setzt, nämlich eine Erziehung zu richtigem Wollen, wodurch zugleich die äußerst schwierige Frage sich stellt, aber nicht beantwortet wird, was denn als richtiges Wollen zu verstehn sei. Derselbe Einwand gilt gegen das Postulat der Rechtssicherheit, welches ein geeignetes Mittel feststellen will, um den Gemeinschaftszweck zu verwirklichen, was doch nur möglich sein würde, wenn der Gemeinschaftszweck — der Grundanschauung von Stammlers Lehre zuwider — konstant wäre. — In dem Postulat der Persönlichkeit ist nur ein Gedanke berührt, der in der Idee des sozialen Ideals schon enthalten ist, nämlich der Gedanke, daß die Gemeinschaft die Zwecke der Einzelnen zu verfolgen berufen sei, wodurch der Einzelne als Selbstzweck und das gemeinsame Kämpfen als Mittel zu diesem Zweck anerkannt wird. — Das Postulat des Maßes endlich bleibt bedeutungslos, weil es die Grenzen nicht bestimmt, durch welche es die Verfügungsgewalt des Einzelnen beschränkt wissen will, es sei denn, daß wir hier diejenigen Grenzen einsetzen, welche Stammler in seinem Prinzip des Teilnehmens der Verfügungsgewalt des Einzelnen gezogen hat. Er forderte nämlich dort,[2]) daß jede rechtlich verliehene Verfügungsmacht nur in dem Sinne ausschließend sei, als der Ausgeschlossene sich noch der Nächste sein könne. Bei dieser Auslegung bringt aber das Postulat des Maßes keinen neuen Gesichtspunkt.

Ist damit festgestellt, daß Stammlers Postulate der Politik keine Weiterentwicklung der Methode des richtigen Rechtes bieten, so bleiben uns als Rechtsprinzipien nur das soziale Ideal selbst

[1]) oben p. 98 f.
[2]) s. oben p. 102.

und der aus ihm abgeleitete Grundsatz des Teilnehmens. Und nach diesen Rechtsprinzipien wäre das Problem von der Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch zu lösen, wenn wir allein von Stammlers Lehre ausgehen wollten.[1])

Es ist aber offenbar, daß von diesen Rechtsprinzipien bis zu dem problematischen Versuchsbegriff eine lange Deduktionsreihe offen bleibt, die durch abgeleitete engere Rechtsprinzipien auszufüllen ist. In dem Bestreben, diese zu entdecken, wenden wir uns weiter zu *van Calkers* System.

II. van Calkers System von den ethischen Werten im Recht.

§ 15.

1. Das Prinzip der Vervollkommnung.

Während Stammler nur ein Prinzip für die Rechtssetzung zu erforschen strebt, geht *van Calker* von einem höhern Gesichtspunkte aus und sucht in erster Linie ein Prinzip für menschliches Handeln überhaupt festzustellen, welches konsequent auch als Prinzip für die Leitung der Staatsangelegenheiten gelten soll.[2]) — In diesem besonderen Falle seiner Anwendung können wir es als Prinzip der Politik bezeichnen; indem die Politik nach van Calker mit der Leitung der Staatsangelegenheiten zusammenfällt.[3]) — Wenn aber erst dieses Prinzip der Politik aufgestellt ist, dann soll es auf das politische Spezialgebiet der Rechtssetzung übertragen und zur Schaffung und Beurteilung von positiven Rechtsnormen angewendet werden. van Calker entwickelt sein Prinzip in folgendem Gedankengang:

„Die Grundlage alles menschlichen Handelns ist gegeben in dem Streben nach Befriedigung vorhandener Bedürfnisse — seien diese nun materielle, geistiger oder sittlicher Natur. Diese Bedürfnisse lassen sich in ihrer unendlichen Mannigfaltigkeit in Bezug auf ihren Inhalt — außer durch bloße Addierung — nicht einheitlich fassen. Wohl aber ist hier ein formal einheitliches Prinzip möglich: Ein jedes Individuum will und handelt in

[1]) Ueber die Anwendung der Methode des richtigen Rechts zur Deckung der Lücken im Gesetz s Stammler p. 217 ff.

[2]) In seiner zit. Schrift: Politik als Wissenschaft.

[3]) Politik als Wissenschaft, p. 7.

Zweck, sondern nur in einer Methode findet, in welcher der höchste Zweck zu bestimmen sei. Dieses Ziel ist nicht seinem Inhalt nach festgestellt; es ist vielmehr nur die Verfahrensregel aufgestellt, der gemäß dieses Ziel für ein gegebenes Volk und eine gegebene Zeit in der Weise darzustellen sei, daß man nach den hier herrschenden ethischen Wertanschauungen diejenigen Zustände bestimme, die in sittlicher Wertung eine Vervollkommnung bedeuteten. — Steht so der Inhalt dieser Lehre fest, so erhebt sich weiter die Frage nach ihrer Begründung[1]):

„Ich bin mir der Unmöglichkeit bewußt, — so erklärt *van Calker* — für die Richtigkeit der hier entwickelten Meinung, für die Berechtigung der Vollkommenheitsidee, einen andern Beweis zu erbringen, als denjenigen, der durch das Gefühl der Evidenz gegeben wird. Wer also zweifelnd in Abrede stellt, daß für menschliches Urteilen überhaupt ein höchstes Ziel, ein oberster allgemeingiltiger Maßstab bestehe oder daß dieser Maßstab in der Idee der Vollkommenheit gegeben sei, der mag mir mit Recht fürderhin den Vorwurf machen, daß ich zur Grundlage meiner Erwägungen eine unbewiesene, ja unbeweisbare Behauptung genommen; — ich vermag diesen Vorwurf nicht zurückzuweisen, ebensowenig wie der Naturforscher, der von „Atomen“ und „Kräften“ spricht, ohne für die Wirklichkeit dieser Begriffe einen schlüssigen Beweis liefern zu können.“

Unsere Beurteilung dieses Arguments und der Lehre van Calkers überhaupt kann an dieser Stelle noch nicht dargelegt werden, weil sie unser eigenes System zur Voraussetzung hat und deshalb erst im Zusammenhang mit ihm entwickelt werden kann.[2])

§ 16.

2. Die abgeleiteten Prinzipien.

Ebenso wie bei Stammlers Konstruktion, so können auch hier nicht unmittelbar von dem höchsten Prinzip aus positive Rechtssätze beurteilt und geschaffen werden; es bedarf vielmehr noch engerer Prinzipien, die aus dem allgemeinen Prinzip abgeleitet sind und Zwischenstufen von ihm zu den positiven Normen bilden.

---

[1]) p. 20 eod. l.

[2]) Vgl. auch Stammlers Kritik l. c. p. 199—200.

Zunächst versucht *van Calker* aus dem formalen Zweck des Staates drei politische Sonderaufgaben zu deduzieren, nämlich den Schutz der Rechtsordnung, die Pflege der Wohlfahrt und die Wahrung und Stärkung der Macht. Diese staatlichen Aufgaben erscheinen ihm als die näheren Zwecke, die den notwendigen Durchgangspunkt zur Erreichung jenes letzten Zweckes bilden:[1])

„Dem Staat als organisierter Gemeinschaft obliegt die Aufgabe größtmöglicher Förderung der Vervollkommnung Aller: einerseits durch die Art der Gestaltung, die Ordnung des Zusammenlebens und Zusammenwirkens seiner Gemeinschaftsglieder, andererseits durch die Bereitstellung derjenigen Mittel, welche jeweils in ihrer Gesamtheit die Voraussetzung für eine in der Richtung auf das höchste Ziel liegende Entfaltung und Entwicklung der Gemeinschaftsglieder bilden. Und da nun der Staat, um diese Aufgabe durchzuführen und die Interessen seiner Angehörigen gegenüber kollidierenden Interessen anderer Staatsgemeinschaften wirksam wahrnehmen zu können, bestimmter Zwangsmittel bedarf, liegt auch die Erhaltung und Stärkung der Macht im Kreis derjenigen Aufgaben, welche dem Staat aus seinem obersten Zweck unmittelbar zufallen."

Durch diese Deduktion scheint mir aber van Calker seinen Grundgedanken von der formalen Natur des politischen Endzwecks zu durchbrechen. Diese formale Natur bestand darin, daß nicht der Inhalt des letzten staatlichen Zwecks — als ein stets wechselnder — sondern nur die Methode zu seiner Ermittlung — als eine feststehende — fixiert werden konnte.[2]) Ist aber der letzte Zweck in seinem Inhalt nicht gegeben, so können auch die näheren Zwecke, die Mittel zu seiner Verwirklichung, nicht in ihrem Inhalt bestimmt werden. Ist das allgemeine Prinzip eine Methode zur Gewinnung des letzten Zweckinhalts, so können die engeren Prinzipien nichts anderes enthalten als einen Bestandteil dieser Methode. — Im Gegensatz zu dieser seiner Grundauffassung hat aber van Calker jene drei Sonderaufgaben der Politik in ihrer materialen Bedeutung, in ihrem Inhalte definiert.

Eine weitere Abweichung von dem Grundgedanken der

---

[1]) p. 27—28 eod. l.

[2]) s. oben p. 110 f.

formalen Natur des Rechtsprinzips liegt unseres Erachtens darin, daß *van Calker*, in der Folge die Sonderaufgabe der Rechtsordnung behandelnd, aufstellt, daß gewisse konstante Inhalte von Rechtssätzen aus dem politischen Prinzip zu deduzieren seien:[1])

„Da die Idee der Vervollkommnung Aller, wie oben ausgeführt, zunächst ein rein formales Prinzip enthält, so müssen auch zwar wir zunächst die Entwickelung eines Systems von inhaltlich bestimmten Rechtssätzen, die als objektiv richtige und allgemeingiltige für alle nur denkbaren historisch gegebenen Verhältnisse Geltung beanspruchten, ablehnen; wir sind aber in der Lage, über den richtigen Inhalt aller nur möglichen Rechtsnormen gewisse allgemeine formale Angaben zu machen; wir können nämlich feststellen, daß der Inhalt der Normen insofern ein gleichbleibender sein muß, als gewisse Bedingungen unter allen Umständen und Zeitverhältnissen die Voraussetzung für die Verfolgung der berechtigten Einzelzwecke durch das Individuum bilden, daß der Inhalt dagegen insofern dem Wechsel unterliegt, als durch historich gegebene Verhältnisse wechselnde Bedingungen als Voraussetzung berechtigter Zweckverfolgung erscheinen. Als Beispiele lassen sich in ersterer Richtung etwa aufführen: die Erhaltung des individuellen Lebens und der körperlichen Integrität, in letzterer der Schutz konkret bestehender Einrichtungen des kirchlichen Lebens, des lautern geschäftlichen Verkehrs, die Bestimmungen der jeweiligen Prozeßgesetze. Und in dieser Erwägung gelangen wir dazu, Gebote des Naturrechtes in dem Sinn als bestehend anzunehmen, als sich solche Normen aufweisen lassen, die ihrem Inhalt nach dem Gesetzgeber gegenüber den Anspruch erheben, unbedingt und unter allen Verhältnissen zur Geltung gebracht zu werden, weil ihre Durchführung die notwendige Voraussetzung für eine in der Richtung auf das höchste Ziel liegende Zweckverfolgung der Gemeinschaftsglieder ist."

Wenn aber Voraussetzungen festgestellt werden, unter welchen allein die Vervollkommnung zu erreichen sei, so wird damit schon der materiale Inhalt der Vervollkommnungsidee in gewissen Grenzen bestimmt. Denn so lange man nicht weiß, was Vervollkommnung ist, kann auch keine Angabe gemacht werden über den Weg, auf

[1]) p. 31—32 eod. l.

welchem man zu diesem Ziele gelange. Wenn man trotzdem, wie *van Calker* es tut, gewisse Momente bezeichnet, die unter allen Umständen und Zeitverhältnissen die Voraussetzung für das Streben nach der Vervollkommnung seien, so beruht dies darauf, daß man alle denkbaren Gestaltungen der Vervollkommnungsidee zusammenfaßt und dadurch für diese Idee gewisse, wenn auch sehr weite, so doch konkrete Grenzen bestimmt. Diese Grenzen richten sich aber, entsprechend der Art ihrer Entstehung, nach dem Vorstellungskreis des Subjekts, welches die ihm denkbaren Variationen der Vervollkommnungsidee zusammenstellt. So werden die einen, über van Calkers Auffassung hinausgehend, sich sogar solche Ideale der Vervollkommnung als möglich vorstellen, welche von der körperlichen Integrität und dem individuellen Leben unabhängig sind. Andere wieder werden den Kreis ihrer Betrachtung noch enger begrenzen als van Calker und werden deshalb in der Lage sein, noch weitere konstante Voraussetzungen für die Vervollkommnung aufzustellen. Und damit ist gezeigt, daß eine Regel, welche aus dem Rahmen der formalen Bestimmungen heraustreten und einen materialen Inhalt der Vervollkommnungsidee ausdrücken will, nicht allgemeingiltig sein kann.[1])

Aus dem Prinzip der Vervollkommnung Aller ergibt sich weiter für van Calker das Prinzip der Gerechtigkeit:[2])

„Das bedeutsamste formale Prinzip, das sich aus der Idee der Vervollkommnung Aller für den Inhalt der Rechtsnormen ergibt, ist nun aber jenes, das an den Gesetzgeber die Forderung stellt, bei Festsetzung der Normen im Sinn der obersten Idee zu verfahren, das heißt den Inhalt der Normen so zu bestimmen, daß einem Jeden in formal gleicher Weise die Möglichkeit gegeben ist, seine in der Richtung auf die Vervollkommnung gelegenen Zwecke zu verfolgen. Damit ist als Grundgesetz für die Gestaltung alles Gemeinschaftslebens proklamiert: das Prinzip der Gerechtigkeit."

Wenn in dieser These eine formale Gleichheit der Behandlung gefordert wird, so kann damit nur eine absolute im Gegensatz zu einer relativen Gleichheit gemeint sein, die zum Beispiel dann

[1]) Vgl. auch die Ausführungen von M. E. Mayer gegen v. Calker l. c. p. 112—113 — vgl. ferner Stammler p. 116 ff. l. c.

[2]) p. 32—33 eod. l.

gegeben wäre, wenn das Maß der Förderung des Einzelnen sich nach den Vorteilen richtete, die er der Gemeinschaft gewährt. So ergibt sich auch, daß *van Calkers* Prinzip der Gerechtigkeit mit dem Prinzip des Teilnehmens, das *Stammler* aufstellte, nichts gemein hat, indem jenes Prinzip eine Inkongruenz in der Behandlung mehrerer Teilhaber verbietet, dieses eine Inkongruenz innerhalb der Gütersphäre des Einzelnen zwischen den Opfern, die er der Gemeinschaft bringt, und den Vorteilen, die er von ihr zurückempfängt.

Zu einem weiteren Prinzip führt der folgende Gedankengang:

Da nach van Calkers Auffassung die Vervollkommnung schließlich im eigentlichen Sinne nur durch die eigene Tätigkeit des Individuums geschehen kann und die Gemeinschaft nur die äußeren Mittel, die hierzu dienlich sind, zu bieten vermag,[1]) so ergibt sich für die Gemeinschaft, sobald sie als Mittel zur Vervollkommnung dargestellt wird, die wichtige Aufgabe, dem Einzelnen unter den übrigen Teilnehmern nach Möglichkeit diejenige Unabhängigkeit zu sichern, deren er bedarf, um selbständig sich in der Richtung der Vollkommenheit zu entwickeln. Damit ist die negative Seite der staatlichen Tätigkeit bezeichnet, im Gegensatz zur positiven Förderung der Vervollkommnungsziele. Das hienach geltende Prinzip — wir können es das Prinzip der wechselseitigen Unabhängigkeit nennen — formuliert van Calker in folgender Art:

„Für die Gestaltung des Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Gemeinschaftsglieder entspringt aus der Idee der Vervollkommnung die Aufgabe, ein solches Verhalten der einzelnen Individuen zu einander herbeizuführen, daß ein jedes in der Verfolgung seiner in der Richtung auf das oberste und allgemeingiltige Ziel gelegenen Einzelzwecke durch die übrigen Gemeinschaftsglieder nicht behindert wird."

Während die bisher aufgestellten Prinzipien sich teils auf die politische Tätigkeit überhaupt, teils auf die Setzung der Rechtsordnung bezogen, gibt endlich van Calker noch ein letztes Prinzip, welches nur auf dem engeren Gebiete des Strafrechts maßgebend sein soll; es ist das Prinzip der Vergeltung.

[1]) p. 38 eod. l.

„Für die Bestimmung der Strafe in Gesetz und Urteil ist maßgebend das Prinzip der gerechten Vergeltung, d. h. die Strafe ist zu bemessen proportional zu der Grösse der Schuld.“ [1])

In seiner Schrift über „Politik als Wissenschaft“ [2]) führt *van Calker* aus: Da die Rechtsordnung nur ein Mittel sei zur Erreichung des höchsten Zieles und da dieser Idee ein regulatives Prinzip, die Gerechtigkeit, entstamme, welches den Gesetzgeber auf die konkret bestehenden Wertanschauungen verweise und deren Berücksichtigung bei der Bestimmung der Strafe fordere, so solle der Inhalt der Strafe den bestehenden Anschauungen über die gerechte Strafe entsprechen. — Damit ist auf das Prinzip der Gerechtigkeit, wie es in derselben Schrift definiert ist, als Obersatz zu dem Prinzip der Vergeltung verwiesen. Nun fordert aber dies Prinzip der Gerechtigkeit, das wir oben zitiert und erläutert haben,[3]) nur eine Kongruenz in der Art der Behandlung der einzelnen Rechtsgenossen, während das Prinzip der Vergeltung eine Kongruenz zwischen einzelnen Uebeln vertritt. Und daraus ergibt sich, daß das Prinzip der Vergeltung nicht aus dem Prinzip der Gerechtigkeit, welches van Calker aufstellt, deduziert werden kann, da beide Sätze nicht im Verhältnis der Ueber- und Unterordnung, sondern der Gleichordnung stehn.

III. Das eigene System.

Wir haben im Vorhergehenden dargestellt, in welcher Weise *Stammler* und *van Calker* ein System von Prinzipien entwickelt haben, nach welchen eine positive Rechtsordnung aufzustellen und zu beurteilen sei. Wir haben einen Teil dieser Prinzipien anerkannt; wir haben einen andern Teil, weil aus den anerkannten höheren Prinzipien nicht folgend, zurückgewiesen, und wir haben uns endlich vorbehalten, die übrigen Sätze im Zusammenhang mit der Konstruktion unseres eigenen Systems zu beurteilen, nachdem wir dabei die notwendigen Grundlagen gewonnen haben.

---

[1]) Ethische Werte im Strafrecht, p. 35—36. Vgl. auch Strafrecht und Ethik p. 21 ff.; Vergeltungsidee und Zweckgedanke p. 87 ff. Politik als Wissenschaft, p. 35.

[2]) p. 35.

[3]) o. p. 115 f.

Da wir also keines dieser beiden Systeme in seiner Vollständigkeit anerkannt haben, so vermögen wir nicht die Aufgabe zu erfüllen, von den Prinzipien eines dieser Systeme ausgehend, im Wege der Deduktion die Grenze von Vorbereitung und Versuch zu bestimmen. Unsere Methode wird deshalb darin bestehn, von Grund aus ein neues, zusammenhängendes System aufzubauen, welches die bereits anerkannten Prinzipien enthält und auf dessen Grundlage wir beurteilen werden, ob die noch streitig gebliebenen Sätze als richtig aufzunehmen sind. Doch müssen wir uns dabei die Beschränkung auferlegen, unsere Theorie nur soweit auszubauen, als es zur Lösung des vorliegenden Problems über die Grenze des Versuchs notwendig ist; das heißt, wir haben unsere Sätze in gerader Linie auf die Lösung unseres Problems zu entwickeln, ohne die Verzweigungen zu verfolgen, die von ihnen auf das Gebiet anderer Probleme des positiven Rechtes führen. So wird sich nicht eine Theorie von allgemeiner wissenschaftlicher Bedeutung ergeben, sondern nur eine Theorie für den besondern Zweck unseres Problems.

Und damit gehen wir zu der Konstruktion unseres Systems über.

§ 17.

1. Die Konstruktion des Prinzips vom sozialen Ideal.

Wir gehen aus von der Erscheinung, daß das physische und psychische Leben der Menschen durch Zwecke bestimmt wird. Ein Zweck aber ist eine Vorstellung, welche Bestimmungsgrund eines zu erregenden Willens ist.[1])

Durch diese Definition ist einmal zum Ausdruck gebracht, daß der Zweck nicht einen existent gewordenen Willen voraussetzt, indem nicht von einem erregten, sondern einem zu erregenden Willen gesprochen wird. Ein Zweck besteht nämlich auch in dem Falle, wo ihm ein stärkerer Gegenzweck gegenüber steht und wo deshalb die Entstehung des ersten Zweckwillens durch die Existenz eines stärkeren Gegenwillens gehindert wird. Aus dieser Definition geht ferner hervor, daß die zweckbegründende Vorstellung in ihrem Inhalte nicht notwendig auf das Bild der aus dem Willen unmittelbar auszulösenden Betätigung beschränkt

[1]) Vgl. Schopenhauer, Freiheit des Willens, p. 32—33.

ist. Als Bestimmungsgrund des Willens ist vielmehr auch eine Vorstellung denkbar, die das Bild einer späteren Veränderung enthält, als einer zu jener Betätigung im Verhältnis der Folge zur Bedingung stehenden; allerdings faßt diese Vorstellung, wie damit schon gesagt ist, auch das Bild der unmittelbar auszulösenden Betätigung in sich; sie stellt aber nur in ihrem Gesamtinhalte, in dem sie auch den Folge-Zustand in sich schließt, den Bestimmungsgrund des Willens dar, indem nicht die Vorstellung der Betätigung an sich, sondern erst die Vorstellung der Betätigung in ihrer Eigenschaft als Bedingung jener späteren Veränderung Bestimmungsgrund ist. Umgekehrt gibt es nicht nur Betätigungen, sondern auch gedachte Folgeereignisse von Betätigungen, die nicht an sich selbst, sondern lediglich als Bedingung eines andern Ereignisses vorgestellt, willensbestimmende Wirkung haben.

Wenn nun eine Vorstellung in dieser Weise einen Bestandteil einer umfassenderen Vorstellung kondizional zusammenhängender Erscheinungen bildet, die erst in ihrer Totalität Bestimmungsgrund des Willens ist, so können wir sie als Teilzweck bezeichnen. Unter den Teilzwecken ist wieder ein einzelner ausgezeichnet, nämlich derjenige, der das letzte Glied der vorgestellte Kausalreihe bildet. Und er ist deshalb ausgezeichnet, weil er Bestimmungsgrund des Willens ist kraft seiner eigenen Qualität und nicht erst dadurch, daß er Bedingung einer andern Veränderung ist. Wir bezeichnen ihn als den Endzweck und stellen die übrigen Teilzwecke in Gegensatz zu ihm als die mittelbaren Zwecke. — In terminologischer Beziehung sei noch bemerkt, daß der Begriff des Zwecks von der bestimmenden Vorstellung gebräuchlicher Weise auch auf das Objekt dieser Vorstellung selbst übertragen wird.

Die menschlichen Zwecke sind nun von unendlicher Manigfaltigkeit und sind deshalb in ihrem Inhalt einer jeden zusammenfassenden Bestimmung unzugänglich.[1]) Aber die Zwecke ändern sich nicht nur mit den Individuen, sondern sind auch innerhalb der individuellen Sphäre selbst vielfachem Wechsel unterworfen.

[1]) Vgl. Stammler l. c. p. 117; van Calker, in den Verhandlungen des deutschen Juristentags 1902, Band II, p. 245.

— Nach unserer Ansicht ist im Anschluß an *Schopenhauer* der Wechsel der Zwecke in der Weise zu erklären, daß sich der Inhalt der dem Individuum eigenen Erkenntnisse und damit auch der Inhalt seiner Vorstellungen über sein Handeln verschiebt, während die Eigenschaft des Individuums, kraft welcher eine bestimmte Vorstellung ein nach Art und Maß bestimmter Erregungsgrund seines Willens ist, eine Eigenschaft, die identisch ist mit dem Charakter, konstant bleibt.[1]) Unsere weiteren Deduktionen setzen indessen diese Erklärungsweise nicht voraus, sondern lediglich die Erscheinung dieses Wechsels an sich, mag man sie im übrigen verstehn wie man will.

Der Wechsel der Zwecke in der individuellen Sphäre wird hervorgerufen teils durch zufällige Umstände, teils im Wege bewußter Beeinflussung, die durch Aufstellung von Handlungsnormen geschieht, diesen Begriff im weitesten Sinne genommen.[2]) Die Handlungsnormen zerfallen wieder in zwei Kategorien, je nachdem sie den Endzweck oder nur die mittelbaren Zwecke umgestalten wollen. Jene Normen beabsichtigen die menschlichen Ziele[3]) in ihrem Inhalte selber zu bestimmen; diese lassen die jeweils bestehenden menschlichen Ziele in ihrem Inhalte unberührt und wollen nur auf die Art, in welcher sie verfolgt werden, Einfluß gewinnen, indem sie die geeigneten Mittel und Wege zu

---

[1]) Freiheit des Willens p. 50 ff.

„Der Charakter ist unveränderlich; die Motive wirken mit Notwendigkeit: aber sie haben durch die Erkenntnis hindurchzugehn, als welche das Medium der Motive ist. Diese aber ist der manigfaltigsten Erweiterung, der immerwährenden Berichtigung in unzähligen Graden fähig; dahin arbeitet alle Erziehung. Die Ausbildung der Vernunft durch Kenntnisse und Einsichten jeder Art, ist dadurch moralisch wichtig, daß sie Motiven, für welche ohne sie der Mensch verschlossen bliebe, den Zugang öffnet. So lange er diese nicht verstehen konnte, waren sie für seinen Willen nicht vorhanden. Daher kann, unter gleichen äußeren Umständen, die Lage eines Menschen das zweite Mal in der Tat eine ganz andere sein, als das erste: wenn er nämlich erst in der Zwischenzeit fähig geworden ist, jene Umstände richtig und vollständig zu begreifen; wodurch jetzt Motive auf ihn wirken, denen er früher unzugänglich war l. c. p. 52."

[2]) Eine jede Handlungsnorm hat neben ihrem gebietenden einen belehrenden Inhalt, indem sie die Mittel zu einem Zweck dadurch, daß sie sie anbefiehlt, zugleich beschreibt. — Man denke nur an die Regeln eines medizinischen Heilverfahrens, so wird dies sogleich deutlich werden.

[3]) Unter einem Ziele ist in dieser Darstellung ein Endzweck verstanden.

diesen Zielen festsetzen. So kann man jene als die finalen und diese als die modalen Handlungsnormen bezeichnen.

Die Verfolgung individueller Zwecke, mögen sie mittelbare oder Endzwecke sein, ist nun im großen und ganzen in zweierlei Art denkbar: Die Einzelnen suchen ihre Zwecke entweder selbstständig oder im Zusammenschluß mit andern zu einer Gemeinschaft[1]) zu erreichen. Eine solche Gemeinschaft, welche die Zwecke der Einzelnen verfolgt, kann aber nur unter zwei Voraussetzungen entstehn: Die erste folgt aus dem Begriff einer solchen Gemeinschaft selbst; es ist notwendig, daß gewisse Zwecke der Einzelnen miteinander übereinstimmen, weil sie sonst nicht gemeinsam erstrebt werden können. Die zweite Voraussetzung ist eine psychologische; die Einzelnen müssen zu der Vorstellung gelangt sein, daß die gemeinschaftliche Tätigkeit ein geeigneteres Mittel zur Verwirklichung der übereinstimmenden Zwecke darstelle, als die selbständige Tätigkeit. Es kann nun hinsichtlich gewisser konkreter Ziele diese Vorstellung nicht vorhanden sein, obgleich sie von einer objektiven Betrachtung aus eine richtige Erkenntnis der Dinge bedeuten würde. Hier können nun Handlungsnormen belehrend eingreifen und die Einzelnen zu der Ueberzeugung führen, daß jene Zwecke mehr durch gemeinschaftliches als durch selbstständiges Handeln gefördert werden, sodaß auf diese Weise für die Einzelnen die gemeinschaftliche Tätigkeit zum mittelbaren Zwecke wird.

Diese Handlungsnormen sind nun unbedingt modale in dem oben angegebenen Sinne; das ergibt sich unmittelbar daraus, daß sie die gemeinschaftliche Aktivität regeln wollen, die gemeinschaftliche Aktivität aber stets nur einen mittelbaren und niemals einen Endzweck für den Einzelnen darstellen kann.[2]) Und wenn man dagegen einwenden wollte, daß auch die Gemeinschaft, so gut wie die Einzelnen, ihre selbsteigenen Ziele habe, die von denen der Einzelnen unabhängig seien, und daß diese Ziele für die Gemeinschaft, als solche, Endzwecke bedeuten könnten, so würde diese Auffassung doch nur auf einer Täuschung beruhen, die darin bestände, daß die Gemeinschaft in bildlicher Darstellungs-

[1]) Dieser Begriff ist in seinem weitesten Sinne genommen, in welchem er insbesondere über den Begriff eines Staats hinausgeht. Vgl. Stammler p. 212.

[2]) Vgl. van Calker, Politik als Wissenschaft p. 38.

weise mit einem individuellen Dasein verglichen würde, während doch die Gemeinschaft nichts anderes ist als eine besondere Form menschlicher Tätigkeit, nämlich die Form der Verbindung von Tätigkeiten in einheitlichem Bestreben, und die Zwecksetzung als psychologisches Phänomen nur dem einzelnen Menschen und nicht einer Kollektivität von Individuen als solcher eigentümlich ist

Wir haben im vorhergehenden vom rein empirischen Standpunkt die Frage gestellt, unter welchen Bedingungen eine Gemeinschaft entsteht. Jetzt aber gehen wir zur rationalen Betrachtung über und fragen, unter welchen Voraussetzungen eine Gemeinschaft ihrem Wesen nach berechtigt ist und deshalb entstehen soll. Aus dem Begriff der Gemeinschaft als einer Verbindung von Tätigkeiten in einheitlichem Bestreben haben wir schon als die eine Voraussetzung einer jeden Gemeinschaft die Existenz gemeinsamer Zwecke gewonnen. Und unmittelbar ergibt sich als die zweite Bedingung, daß die Gemeinschaft diesen einheitlichen Zwecken förderlicher sei als die Isolierung der individuellen Tätigkeiten. — War bei der empirischen Betrachtung die subjektive Erkenntnis maßgebend, daß diese Bedingung verwirklicht sei, so entscheidet in dem gegenwärtigen Gedankengang die objektive Feststellung dieses Momentes. — Die erste dieser Bedingungen war in der Definition der Gemeinschaft bereits enthalten und wurde deshalb aus ihr durch einen analytischen Deduktionsschluß[1]) gewonnen; die zweite Bedingung hingegen entstand durch synthetische Deduktion,[1]) indem zu jener Definition noch als Prämisse die uns selbstverständliche Handlungsnorm hinzutrat, daß unter zwei Mitteln zu demselben Zweck das bessere zu wählen sei.

Die zweite der aufgestellten Bedingungen hat auch *Stammler* der Konstruktion seines sozialen Ideals zu Grunde gelegt.[2]) Die erste ist bei ihm nicht hervorgehoben, ergibt sich aber aus der zweiten, indem die Gemeinschaft ihren Teilhabern nur insoweit ein Mittel zur Verwirklichung ihrer Einzelzwecke bietet, als es

[1]) Wir unterscheiden unmittelbare und mittelbare oder analytische und synthetische Schlüsse, jenachdem aus einem Urteil ohne Hinzutritt eines zweiten oder aus der Verbindung (Synthese) von Urteilen das Schlußurteil gewonnen wird. Vgl. Lipps, Logik No. 335 ff. und 351 ff.

[2]) s. oben p. 98 f.

gemeinsame Einzelzwecke gibt. Wir weichen also von *Stammler* nur formell dadurch ab, daß wir die Existenz des gemeinsamen Zwecks schon in die Definition der Gemeinschaft aufnehmen, während Stammler diesen Zweck aus seinem Begriff der Gemeinschaft durch synthetische Deduktion gewinnt, eine Abweichung, die für unsere weitere Konstruktion ohne Bedeutung ist.

Teilen wir darnach Stammlers Auffassung von der Gemeinschaft, so folgt andererseits aus unserer Position, daß wir *van Calkers* Rechtsprinzip ablehnen müssen. Zwar ist auch bei van Calker der Zweck der Gemeinschaft als ein mittelbarer Zweck und damit das höchste Gebot der Gemeinschaft als eine modale Handlungsnorm gedacht; denn als letzter Endzweck wird die individuelle Vervollkommnung bestimmt, zu welchem Ziel die Gemeinschaft ein Mittel bieten soll. Der Grund, aus welchem wir uns gegen van Calkers Gedanken wenden, ist aber dieser: daß wir die Bestimmung des Gemeinschaftszwecks als ein Mittel zur individuellen Vervollkommnung nicht als allgemeingiltig anerkennen.

Ein Prinzip der Gemeinschaft nämlich kann nur allgemeingiltig sein, wenn es entweder analytisch aus dem Begriffe der Gemeinschaft gewonnen oder synthetisch aus der Definition der Gemeinschaft in Verbindung mit einem anderen allgemein giltigen Satze deduziert wird. Wir leugnen aber, daß die Vervollkommnung letzter Endzweck menschlicher Tätigkeit sei, — vorausgesetzt, daß an der bisherigen Definition des Zwecks[1]) festgehalten wird, nach welcher der Zweck eine Vorstellung bedeutet, welche Bestimmungsgrund eines zu erregenden Willens ist. Ein letzter Endzweck müßte seinem Begriffe nach unter allen Zwecken die größte willensbestimmende Kraft besitzen. Wir leugnen aber, daß der Gedanke der Vervollkommnung eine solche motivierende Kraft habe. Denn unsre Erfahrung zeigt uns sofort, daß neben dem Zweck der Vervollkommnung andere Zwecke in die Erscheinung treten, denen eine gleiche oder eine größere motivierende Kraft eigen ist. Die Idee der Vervollkommnung als des allbeherrschenden Zwecks widerspricht also der Erfahrung.

[1]) s. oben p. 118.

van Calker verzichtet, wie wir gesehen haben, auf einen Beweis seiner These und will das Vollkommenheitsideal durch die Berufung auf seine Evidenz aufrecht erhalten. Dieses Argument weist uns aber auf den tieferen Grund hin, auf welchem van Calkers Theorie entstanden ist. Wenn eine Evidenz des Vollkommenheitsideales behauptet wird, so muß dieses Ideal als ein Gegenstand des Wissens und nicht als ein Gegenstand des Willens gedacht sein. Und wenn daher die Vervollkommnung als ein Zweck anfgefaßt wird, so ist hier der Begriff des Zwecks in einem andern Sinne genommen als in unserer Darstellung. Durch eine philosophische Spekulation ist hier die Vervollkommnung als der Zweck menschlicher Entwicklung gesetzt, sodaß ein Zweck in diesem Zusammenhang nicht eine Richtung von Willensbestimmungen, sondern eine Richtung naturgesetzlicher Entwickelung, also nicht einen Gegenstand subjektiven Empfindens, sondern einen Gegenstand objektiven Erkennens bedeutet. Durch diesen objektiven Zweck wird nun zunächst kein Prinzip für die Gemeinschaft, keine Norm für die gemeinsame Tätigkeit gegeben, aus dem einfachen Grunde, weil durch die Setzung dieses Zwecks lediglich konstatiert wird, was geschieht, und nicht normiert wird, was geschehen soll, weil durch ihn, mit andern Worten, nur Naturgesetze und nicht Handlungsnormen aufgestellt werden. Jedoch ergibt sich für van Calker aus der Erkenntnis, daß alles Naturgeschehen die Vervollkommnung zum Ziel habe, weiter das Postulat, daß die Vervollkommnung auch herrschender Bestimmungsgrund des menschlichen Willens sei; und in dieser Weise wird das Prinzip der Vervollkommnung vom Naturgesetz zur Handlungsnorm.

Ist aber diese Handlungsnorm verbindlich für die Gemeinschaft? Wir verneinen diese Frage und setzen van Calker folgendes entgegen: Die aufgestellte Handlungsnorm bleibt stets nur eine Handlungsnorm für den Einzelnen. Sie kann hingegen keine Geltung für die Gemeinschaft beanspruchen, weil die Gemeinschaft ihrem Begriffe nach ein Mittel für die übereinstimmenden Zwecke der einzelnen ist und deshalb ihren eigenen letzten Zweck nur dann in der Förderung der individuellen Vervollkommnung erblicken könnte, wenn die Vervollkommnung letzter Zweck der einzelnen wäre. Diese Voraussetzung ist aber in der Wirklichkeit

nicht gegeben; ihre Annahme widerspricht der Erfahrung, wie wir bereits festgestellt haben. Die Vervollkommnung könnte nur unter der einen Bedingung höchster Gemeinschaftszweck sein, daß sie höchster Zweck der Einzelnen wäre, in welchem Falle dann das Prinzip der Vervollkommnung als Handlungsnorm für den Einzelnen, weil bereits verwirklicht, dahinfiele.

Mit *van Calkers* höchstem Gemeinschaftsprinzip fällt aber auch der aus ihm abgeleitete Grundsatz von der wechselseitigen Unabhängigkeit[1]) dahin, weil er, wie schon hervorgehoben,[1]) nur einen Teil dieses Prinzips wiederholt. — Hingegen das Prinzip der Gerechtigkeit vermag auf andere Weise hergeleitet und aufrecht erhalten zu werden.[2])

§ 18.
2. Die abgeleiteten Prinzipien.

Wir kehren nun zu unserem eigenen Prinzip der Gemeinschaft zurück, nachdem wir die Stellung präzisiert haben, die es zu den Systemen von *Stammler* und *van Calker* einnimmt. Unser Prinzip — um es hier kurz in Erinnerung zu bringen, bevor wir auf weitere Deduktionen eingehn, — hat zum Inhalt, daß die Gemeinschaft ein mittelharer Zweck ist, gerichtet auf übereinstimmende Zwecke der Einzelnen, die in geeigneterer Weise durch verbundene als durch isolierte Tätigkeit verfolgt werden. Es handelt sich nun darum, aus diesem höchsten Prinzip diejenigen engeren Prinzipien herzuleiten, die uns in kontinuierlicher Schlußkette bis zu einem Satze führen, durch welchen die Grenze zwischen Versuch und Vorbereitung bestimmt wird. Auch Stammler uud van Calker haben eine Deduktion speziellerer Grundsätze unternommen, wie früher gezeigt wurde; allein es ist von vornherein klar, daß unsere Deduktion einen viel spezielleren Charakter haben wird als jene, weil sie das höchste Prinzip nicht in seinem ganzen Inhalte, sondern nur in der Richtung auf ein bestimmtes Problem entwickeln soll.

Es ist methodisch zweckmäßig, bevor wir die Entwickelung unserer abgeleiteten Prinzipien beginnen, die Stellung der kriminellen Normen innerhalb der Gemeinschaftsnormen überhaupt

[1]) oben p. 116.

[2]) s. unten.

zu charakterisieren, weil sie das engere Gebiet darstellen, auf welchem unser Problem entsteht und auf welches wir deshalb die Reihe unserer Prinzipien hinführen müssen.

Wenn die Gemeinschaft dazu bestimmt ist, übereinstimmende Zwecke der Einzelnen zu verfolgen, so ist die Tätigkeit, die sie in dieser Richtung entfaltet, neben anderen in der besonderen Form denkbar, daß sie die Einzelnen bei der Erstrebung ihrer individuellen Interessen lediglich gegeneinander schützt. Hier besteht eben der übereinstimmende Zweck der Einzelnen in einer gewissen Unabhängigkeit von den übrigen Teilhabern, in einer Sicherheit vor Störungen ihrer Betätigungen, die auf individuelle Interessen zielen.[1]) — Daß dieser individuelle Zweck der Sicherheit nur ein mittelbarer Einzelzweck ist, bedarf keiner weiteren Erklärung.

Die Tätigkeit der Gemeinschaft aber, welche auf den gegenseitigen Schutz der Teilhaber gerichtet ist, kann wiederum ihren Zweck in zweierlei Art erfüllen: Entweder in der Form des Schadensersatzes oder in der Form der Prävention; im ersten Falle wird der bereits entstandene Schaden wieder ausgeglichen, im zweiten Falle wird die Entstehung des drohenden Schadens gehindert. Aus dem Gebiet der Prävention ist endlich ein Sondergebiet auszuscheiden: Es gibt eine Prävention spezieller Art, welche die Eigentümlichkeit hat, daß sie aus einer bereits erfolgten Verletzung der aufgestellten Schutznormen ihre Notwendigkeit und Berechtigung herleitend, der Begehung einer weiteren Verletzung dadurch vorbeugen will, daß sie dem Gemeinschaftsgenossen, der ihre Schutznormen gebrochen hat, ein Uebel zufügt. Die Tätigkeit der Gemeinschaft in dieser letzten Richtung ist ihre strafende Tätigkeit, und die Normen, welche diese spezielle Art der Prävention regeln, sind die kriminellen Normen. Diese Prävention durch die Strafe ist nach zwei verschiedenen Prinzipien denkbar, deren jedes durch eine besondere Theorie verfochten wird: Es ist nämlich das Uebel, welches dem Subjekt der Normenverletzung auferlegt wird, einmal denkbar als ein Mittel, durch welches die Teilnehmer der Gemeinschaft, und dann als ein Mittel, durch welches nur er selber an einer neuen Verletzung der Schutznormen gehindert werden soll. Im ersten

[1]) Vgl. Stammler l. c. p. 190.

Fall — bei der Generalprävention — ist durch den Vollzug der Strafe eine Motivierung der Gemeinschaftsgenossen in der Weise beabsichtigt, daß die Strafe nunmehr in ihrer Realität in die Erscheinung tritt und damit eingehender zu ihrer Kenntnis gelangt oder daß die Strafordnung durch die Tatsache ihrer Realisierung wahre Autorität erhält und damit ein stärkeres Gegenmotiv erzeugt.[1]) Im zweiten Falle — bei der Spezialprävention — soll die Einwirkung auf den Störer selbst stattfinden: entweder auf physischem Wege, indem er unschädlich gemacht wird, oder auf psychischem Wege, indem die Voraussicht des regelmäßig mit der Verletzung verbundenen Uebels eine größere motivierende Kraft erhält, wenn dieses Uebel erlebt und empfunden ist,[2]) und der Täter auf diese Weise abgeschreckt wird.[3])

Wir gehen nun zu der Entwicklung unserer abgeleiteten Prinzipien über:

Wenn die Gemeinschaft nach ihrem Begriff ein Mittel ist, bestimmt, den Zwecken der Einzelnen zu dienen, so ist damit schon ausgesprochen, daß umgekehrt die Gemeinschaft die Einzelnen nicht zum Mittel für ihre Zwecke machen kann, ohne daß ihr eigener Begriff verleugnet würde.[4]) So ist in dem Prinzip der

---

[1]) „Das Gesetz, d. i. die Anordnung der Strafe, hat den Zweck, das Gegenmotiv zu den noch nicht begangenen Verbrechen zu sein. Verfehlt es im einzelnen Falle diese seine Wirkung; so muß es vollzogen werden; weil es sonst sie auch in allen zukünftigen Fällen verlieren würde." — Schopenhauer, Freiheit des Willens p. 101.

[2]) Ob nun diese Veränderung der Motive eine Veränderung des Charakters oder nur der Erkenntnis bedeutet, ist für diese Konstruktion bedeutungslos, welche nur voraussetzt, daß eine Veränderung der Motive überhaupt möglich ist. — Wir bekennen uns zu der letzteren Ansicht, indem wir erachten, daß durch die Verbüßung der Strafe eine eingehende Kenntnis des Strafübels gewonnen wird, sodaß ein stärkeres Gegenmotiv für die strafbare Tat entsteht.

[3]) Die Besserung, welche die Anhänger der Spezialprävention gewöhnlich als die dritte Form strafender Tätigkeit neben der Unschädlichmachung und der Abschreckung bezeichnen — s. z. B. Liszt l. c. p. 82 — ist begrifflich keine Form strafender Tätigkeit, weil sie auch auf andere Weise verwirklicht werden kann als durch Zufügung von Uebeln. Sie kann höchstens neben der Abschreckung als eine administrative Tätigkeit einhergehn.

[4]) „Der Mensch kann nie bloß als Mittel zu den Absichten eines anderen gehandhabt und unter die Gegenstände des Sachenrechtes gemengt werden, wo wider ihn seine angeborene Persönlichkeit schützt." (Kant.)

Gemeinschaft bereits unmittelbar das Prinzip von der Ueberordnung des Einzelnen über die Gemeinschaft enthalten.

Ein zweites Prinzip ergibt sich aus folgendem Gedankengang: Es sind Fälle denkbar, in welchen das Prinzip der Gemeinschaft mit sich selbst in Widerspruch gerät. Es ist einmal möglich, daß von zwei übereinstimmenden Zwecken der Teilnehmer, welche die Gemeinschaft erstrebt, der eine nur dadurch erreicht werden kann, daß dem anderen entgegen gehandelt wird. Es ist ferner möglich, daß ein von der Gemeinschaft zu fördernder übereinstimmender Zweck sämtlicher Teilnehmer in dem gleichen Verhältnis dem Zweck eines Einzelnen gegenübersteht, den dieser mit den übrigen Teilnehmern nicht gemeinsam hat und der folglich keinen Gemeinschaftszweck darstellt. Auch in diesem letzten Fall widerspricht die Gemeinschaft sich selbst, wenn sie dem Interesse der Kollektivität das individuelle Interesse opfert. Denn weil die Gemeinschaft nach ihrem Prinzip ein Mittel für die Zwecke der Einzelnen ist, so verleugnet sie dieses Prinzip, wenn sie den Zwecken der Einzelnen entgegen handelt, mag sie auch nicht bestimmt sein, diese Zwecke aktiv zu fördern. Bei einer solchen Kollision von Interessen kann aber die Lösung nur darin gefunden werden, daß eine Abwägung der sich widersprechenden Interessen stattfindet und das Geringere dem Größeren geopfert wird. Damit ist das Prinzip von der Lösung der Interessenkollision aufgestellt, welches das vorige Prinzip von der Ueberordnung des Einzelnen über die Gemeinschaft durchbricht, indem es sich zu ihm wie die spezielle zur generellen Norm verhält.

Mit Hilfe dieser beiden Prinzipien gewinnen wir die Entscheidung darüber, ob die Strafe in der Form der Generalprävention oder in der Form der Spezialprävention dem Prinzip der Gemeinschaft entspricht

Wenn die strafende Tätigkeit der Gemeinschaft als Generalprävention stattfindet, so wird hierdurch dem Prinzip von der Ueberordnung des Einzelnen über die Gemeinschaft widersprochen. Denn nach dem Gedanken der Generalprävention wird dem einzelnen Teilnehmer ein Uebel zugefügt mit dem Zwecke, daß dadurch die sämtlichen Teilnehmer gehindert werden sollen, sich gegenseitig zu schädigen. Durch die Generalprävention geschieht also dasjenige, was dieses Prinzip verbietet: Die Gemeinschaft macht

den Einzelnen zum Mittel für ihre Zwecke. Dieser Widerspruch mit dem Begriff der Gemeinschaft kann auch nicht durch das Prinzip von der Lösung der Interessenkollision gerechtfertigt werden. Denn damit dieses Prinzip zur Geltung käme, müßte bewiesen sein, daß die einzige Möglichkeit, künftige Verletzungen der Gemeinschafter unter sich zu verhindern, darin bestehe, daß gerade denjenigen Gemeinschaftern, die schon eine Verletzung begangen haben, ein Uebel zugefügt werde. Nun wird aber die Theorie der Generalprävention niemals den Beweis erbringen können, daß sie ihr Ziel, die sämtlichen Teilhaber an einer Verletzung der Schutznormen zu hindern, nur durch das Mittel der Einwirkung auf diesen Einzelnen erreichen könne, der die Schutznorm verletzt hat. Man wird vielmehr mit Recht die Frage aufwerfen, warum die Gegenwehr, die sich gleichmäßig gegen sämtliche Teilhaber richten soll, nicht auch durch eine gleichmäßige unmittelbare Einwirkung auf die sämtlichen Teilhaber geschehe. Allerdings ist die Idee der Generalprävention insofern richtig, als sie die Bestrafung des Subjekts der Verletzung als ein geeignetes Mittel betrachtet, um in den sämtlichen Gemeinschaftern ein Gegenmotiv gegen die Verletzung hervorzurufen. Aber die Strafe ist noch nicht dadurch gerechtfertigt, daß sie ein geeignetes Mittel zu ihrem Zweck bildet; das Prinzip von der Lösung der Interessenkollision kommt vielmehr nur zur Geltung, wenn die Strafe das einzige Mittel zu ihrem Zweck darstellt. Und solange die Theorie der Generalprävention nicht nachzuweisen vermag, daß bei ihrer Konstruktion der Strafe diese Voraussetzung erfüllt ist, kann sie sich nicht auf dieses Prinzip gründen und steht sie in Widerstreit mit dem Prinzip von der Ueberordnung des Einzelnen über die Gemeinschaft.

Diese der Theorie von der Generalprävention eigentümliche Schwierigkeit liegt in dem Mangel des Beweises, daß der konstruierte Strafzweck einzig und allein unter der Bedingung erreicht werden könne, daß ein Uebel gerade gegen denjenigen verhängt wird, der bereits eine Verletzung begangen hat. Dieser Beweis aber ergibt sich von selbst, sobald wir zu der Konstruktion der Strafe als einer Spezialprävention übergehen. Wie schon dargestellt, soll hier die Strafe nicht eine Gegenwehr bilden gegen eine Verletzung der Schutznormen durch die Gemeinschafter

überhaupt, sondern allein gegen eine neue Verletzung durch denjenigen Gemeinschafter, der bereits eine Verletzung begangen hat. Weil also hier nur beabsichtigt wird, daß dieser Einzelne durch Erleiden eines Uebels an einer Verletzung gehindert werde, so ist ohne Weiteres klar, daß das Uebel sich gegen ihn selber richten muß, wenn dieser Zweck erreicht werden soll. Damit ist die Interessenkollision festgestellt, welche von dem Standpunkt der Generalprävention aus nicht nachgewiesen werden konnte. Und damit ist die Voraussetzung dafür gegeben, daß die Spezialprävention, welche ebenfalls gegen das Prinzip von der Ueberordnung des Einzelnen über die Gemeinschaft verstößt, durch das Prinzip von der Lösung der Interessenkollision gerechtfertigt wird.

Von der Auffassung der Strafe als einer Spezialprävention ausgehend, erkennen wir nämlich die folgende Situation: Es stehen sich zwei Uebel gegenüber: das eine, welches verhindert wird, und das andere, durch welches verhindert wird; und diese Uebel treffen verschiedene Teilhaber an der Gemeinschaft. Gegenüber dieser Lage der Dinge ist die Gemeinschaft in die Notwendigkeit versetzt, ihr eigenes Prinzip zu verleugnen: Sie muß entweder zugeben, daß der eine Teilhaber durch einen andern Teilhaber verletzt werde, und muß ihm damit den gewollten Schutz entziehen, ihm diejenige Sicherheit nehmen, welche den übereinstimmenden Zweck der Einzelnen bildete und welche sie zu ihrem eigenen Zweck gemacht hatte; oder sie muß selber einem anderen Teilhaber ein Uebel zufügen, während sie doch ihrem Begriff nach dazu bestimmt ist, den Einzelnen Vorteile zu gewähren, ihre Zwecke zu fördern. In dieser Alternative zwiefachen Widerspruchs mit dem eigenen Prinzip bleibt nur der eine Ausweg, dem größeren Widerspruch den geringeren vorzuziehn. Und die Spezialprävention ist demnach als eine Konsequenz aus dem Prinzip der Gemeinschaft unter der Voraussetzung gerechtfertigt, daß das Uebel durch welches sie verhindert, geringer ist als das Uebel, welches sie verhindert. Wir können diesen Gedanken in der Formel ausdrücken: Es sei: das abzuwehrende Uebel $>$ [1]) das Uebel der Strafe.

[1]) Das mathematische Zeichen $>$ bedeutet, daß der vorhergehende Wert größer ist als der folgende.

Es handelt sich jetzt darum, das gefundene Prinzip der Spezialprävention näher durch die Feststellung der Methode zu entwickeln, in welcher die Uebel abzuwägen und in ihrem gegenseitigen quantitativen Verhältnis zu bestimmen sind.

Im Verkauf dieser Darstellung wird sich alsdann auch zeigen, welche Stellung wir gegenüber *van Calkers* Prinzipien der Gerechtigkeit und der Vergeltung einnehmen. Daß *Stammlers* Prinzip des Teilnehmens [1]) mit dem folgenden Gedankengang in keiner Beziehung stehn kann, ist von vornherein klar; denn dieses Prinzip regelt ein Verhältnis zwischen der Leistung der Gemeinschaft und dem durch sie geforderten Beitrag, regelt mithin ein Verhältnis innerhalb der dem Wesen der Gemeinschaft entsprechenden Betätigung, während wir in der folgenden Darstellung ein Verhältnis zu bestimmen haben zwischen zwei dem Wesen der Gemeinschaft widersprechenden Tätigkeiten.

Zunächst ist hier die Frage zu erörtern, ob eine und dieselbe Strafe vom Standpunkt der Gemeinschaft ein größeres oder geringeres Uebel bedeuten kann, je nach der Person des Teilhabers, welcher durch sie getroffen wird. Es könnte nämlich die Meinung bestehn, daß der eine Teilhaber für die Gemeinschaft einen höheren Wert habe als der andere, weil die Vorteile, die ein jeder der Gemeinschaft bringe, von verschiedener Größe seien. Und daraus möchte man vielleicht den Schluß ziehen, daß ein Uebel, wenn es dem wertvolleren Teilhaber zugefügt sei, für die Gemeinschaft schwerer ins Gewicht fallen müsse.

Dieser Auffassung entgegnen wir durch folgende Deduktion:

Da die Gemeinschaft ein Mittel ist, durch welches die Einzelnen individuelle Zwecke verfolgen, so dient durch die Teilnahme an der Gemeinschaft jeder Einzelne sich selbst. Ist aber die Gemeinschaft nur eine Tätigkeitsform, in welcher der Einzelne seine selbsteigenen Inseressen erstrebt, so ergibt sich daraus unmittelbar, daß der Teilnehmer den Nutzen der Gemeinschaft nur insoweit bezweckt, als ihm aus der Förderung der Gemeinschaft wieder ein eigener Nutzen erwachsen soll. Ein Opfer wird der Gemeinschaft nur gebracht, um von ihr ein Gut wieder zu empfangen; was der Einzelne ihr gibt, das fordert er zurück. Die Vorteile, welche der Teilhaber der Gemeinschaft bringt, bleiben nicht in

[1]) s. oben p. 102 f.

ihren Händen, sondern kommen in veränderter Form dem Teilhaber wieder zu. Und so läßt sich aus dem Begriffe der Gemeinschaft der Satz ableiten, daß der Einzelne der Gemeinschaft keinen Vorteil bringt, sondern nur durch die Gemeinschaft sich selbst. Wenn die Teilnehmer aber der Gemeinschaft keinen Vorteil bringen, so folgt daraus, daß die einzelnen Teilnehmer vom Standpunkte der Gemeinschaft aus betrachtet, nicht zu einem größeren oder geringeren Wert geschätzt werden können. Und damit haben wir ein erstes Prinzip aufgestellt, das Prinzip von der Gleichwertigkeit der Gemeinschaftsgenossen.[1])

Um sogleich Zweifeln zu begegnen, die vielleicht dadurch entstehn, daß man verneint, gewisse empirische Erscheinungen seien mit diesem Prinzip nicht in Einklang zu bringen, fügen wir noch folgendes hinzu: Es ist allerdings möglich, daß der eine Teilhaber den andern mehr Vorteil bringt, als diese ihm selber Nutzen gewähren. Aber diesen Vorteil bringt er ihnen alsdann nicht in seiner Qualität als Gemeinschafter, nicht kraft seiner Zugehörigkeit zu einer Verbindung von Menschen, die gemeinsame Zwecke gemeinsam erstreben, sondern durch eine Tätigkeit, die er unabhängig von der gemeinschaftlichen Aktivität, innerhalb der ihm von der Gemeinschaft frei gelassenen Sphäre der individuellen Betätigung entfaltet. — Und wenn man gegen das aufgestellte Prinzip geltend machen will, daß manche Gemeinschaft, die Beiträge der Teilnehmer ungleich bemessend, dennoch einem jeden ein absolut gleiches Maß von Leistungen zurückgewährt und daß bei dieser Verfassung zweifellos dem größeren Beitrag ein größerer Wert des Beitragenden entspreche, so ist zu erwidern, daß eine solche Institution durch die Betrachtung gerechtfertigt wird, daß der mehr vermögende aus einer absolut gleichen Leistung der Gemeinschaft einen höheren Nutzen zieht.

Der Gedanke von der Gleichwertigkeit der Gemeinschaftsgenossen ist auch dem Gerechtigkeitsprinzip von *van Calker*[2]) zu Grunde gelegt, wenn er auch dort durch kein Argument gestützt wird.

Ist damit festgestellt, daß eine quantitative Verschiedenheit des Strafübels je nach dem betroffenen Subjekte nicht besteht,

[1]) Vgl. Stammler l. c. p. 190—191.

[2]) s. oben p. 115 f.

so beschränkt sich unsere Aufgabe in der Festsetzung einer Methode, nach welcher in rein objektiver Betrachtung die bei der strafenden Aktion der Gemeinschaft sich entgegenstehenden Uebel in ihrem wechselseitigen quantitativen Verhältnis zu bestimmen sind.

Alle Uebel bedeuten Unlustempfindungen, und da die Unlustempfindungen, wie uns die Erfahrung lehrt, in ihrer Größe untereinander vergleichbar sind, so kann stets zwischen zwei Uebeln ein quantitatives Verhältnis festgestellt werden, nach welchem das eine größer ist als das andere. Bis hierher also zeigt sich keine Schwierigkeit. Die weitere Untersuchung indessen führt zu folgender Komplikation:

Es wurde bis jetzt stillschweigend die Erkenntnis vorausgesetzt, daß ohne die Strafe das drohende Uebel mit Sicherheit eintreten werde und daß andererseits dieses Uebel durch den Vollzug der Strafe mit Sicherheit abzuwehren sei. Sobald aber diese künftigen Ereignisse nicht mehr mit Gewißheit vorausgesehn werden können und an die Stelle der Gewißheit nur eine Wahrscheinlichkeit tritt, so erhebt sich die Frage, ob sich auch jetzt noch jenes quantitative Verhältnis zwischen zwei Uebeln feststellen läßt, durch welches die Strafe gerechtfertigt und gefordert wird. Unsere Formel nämlich lautet jetzt so: Die Spezialprävention ist als eine Konsequenz aus dem Prinzip der Gemeinschaft unter der Voraussetzung begründet, daß das Uebel, durch welches sie verhindern will, geringer ist als das Uebel, welches sie verhindern will, auch nachdem man in Betracht zieht, daß sowohl für den Eintritt als für die Vereitelung dieses letzten Uebels keine Gewißheit, sondern nur eine bestimmte Wahrscheinlichkeit spricht. Es ist klar, daß die Strafe an Wert für die Gemeinschaft dadurch verliert, daß die beiden Gewißheiten sich in bloße Wahrscheinlichkeiten umwandeln. Denn weil die Strafe nur berechtigt ist als Abwehr eines Uebels, so muß sie an Berechtigung verlieren in dem Maße als die Verwirklichung des abzuwehrenden Uebels und das Gelingen der Abwehr selber problematisch wird. Es kommt aber alles darauf an, ob sich diese neuen Faktoren, diese Wahrscheinlichkeiten wiederum in eine quantitative Relation zur Gewißheit bringen lassen, sodaß auch in die Formel in ihrer veränderten Gestalt

überall vergleichbare Größen eingesetzt werden können. In diesem Falle wird die Formel verwendbar bleiben, und es wird sich an ihrer Hand nach wie vor jenes Größenverhältnis zwischen zwei Uebeln feststellen lassen, in welchem die Strafe ihre Rechtfertigung findet. Ist nämlich die Möglichkeit gegeben, die Wahrscheinlichkeit in ein Zahlenverhältnis zur Gewißheit zu bringen und eine jede Wahrscheinlichkeit als einen Bruchteil der Gewißheit darzustellen, so können wir unsere Formel auf den nachstehenden einfachen Ausdruck bringen:

Es sei: das abzuwehrende Uebel $\times$ der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts $\times$ der Wahrscheinlichkeit der Abwehr durch die Strafe $>$ das Uebel der Strafe.

Oder wenn an die Stelle des Begriffs von der Wahrscheinlichkeit eines Uebels der gleichbedeutende Begriff der Gefährlichkeit gesetzt wird:

Es sei: die Gefährlichkeit des Täters $\times$ der Wahrscheinlichkeit der Abwehr durch die Strafe $>$ das Uebel der Strafe.

Dies ist dann die Formel für die Strafwürdigkeit oder die Formel für die Berechtigung zur Strafe, die Formel des subjektiven Strafrechts.

Unsere nächste Aufgabe besteht also in der Untersuchung, ob Wahrscheinlichkeit und Gewißheit in dem Verhältnis von Teil und Einheit gedacht werden können.[1])

Wir gehen aus von dem Gesetz der Kausalität, welches wir in *Schopenhauers*[2]) Definition wiedergeben: „Wenn ein neuer Zustand eines oder mehrerer realer Objekte eintritt; so muß ihm ein anderer vorhergegangen sein, auf welchen der neue regelmäßig, d. h. allemal, so oft der erstere da ist, folgt. Ein solches Folgen heißt ein Erfolgen und der erstere Zustand die Ursach, der zweite die Wirkung." Der Gesamtzustand der Ursache kann wiederum beliebig in eine unzählige Reihe von Teilzuständen zergliedert werden, die man Bedingungen des Erfolges nennt.

Hat man in einem einzelnen Fall festgestelt, daß sämtliche Bedingungen eines bestimmten Ereignisses vorliegen, so ist der Eintritt des Erfolges gewiß. Ist hingegen nur ein Teil der

[1]) Vgl. über die Wahrscheinlichkeitslehre: v. Kries a. a. O. insbes p. 180 - 195, 287—299.

[2]) Ueber den Satz vom Grunde p. 33.

Bedingungen als gegeben erkannt, so bleibt ein Zweifel, ob der Erfolg eintreten wird; es ist unbestimmt, ob die übrigen Bedingungen verwirklicht sind oder nicht: Im einen Fall wird der Erfolg eintreten; im anderen Falle muß er ausbleiben. Will man nun versuchen, diesen Zweifel, so weit es möglich ist, zu klären, so bleibt nur der eine Weg offen: Man muß die Erfahrung verwerten, die man durch die Betrachtung analoger Fälle gewonnen hat, in welchen die gleichen partiellen Bedingungen gegeben waren. Man wird dann feststellen, in einer wie großen Zahl von Fällen dieser Art der Erfolg eingetreten ist. Und das Verhältnis dieser Zahl zu der Gesamtzahl der beobachteten Fälle ergibt alsdann die Wahrscheinlichkeit dafür, daß der Erfolg sich auch in dem gegenwärtigen, zweifelhaften Falle vollziehn wird.

Ist damit die Methode angegeben, in welcher die Wahrscheinlichkeit berechnet wird, so ist zugleich auch das Wesen der Wahrscheinlickeit deutlich geworden, welches wir nunmehr in folgender Weise bestimmen können: Wenn wir uns den Grund eines Dinges wiederum in partielle Gründe zergliedert denken, von denen also jeder einzelne ein Element zur Begründung beibringt, ohne an sich allein zur Begründung fähig zu sein, so können wir definieren: Die Wahrscheinlichkeit ist ein gewisser Wert an Gründen für eine Wahrheit: Speziell die Wahrscheinlichkeit für ein Ereignis ist ein gewisser Wert an Gründen für das Zustandekommen dieses Ereignisses, und zwar demnach an Gründen nicht im Sinne von Bedingungen seiner Verwirklichung, sondern im Sinne von Argumenten für den Schluß auf seine Verwirklichung. Die Wahrscheinlichkeit ist demnach ein gewisser Wert an zureichenden Gründen des Erkennens im Gegensatz von zureichenden Gründen des Werdens.[1]) Und dieser Wert ist dargestellt durch das Verhältnis zwischen dem Umfang der partiellen Gründe und dem Umfang des vollständigen Grundes.

Was ist nun das Wesen der Gewißheit? Es ist die Gewißheit ein Prädikat des Erkennens und liegt dann vor, wenn der Grund des Erkennens gegeben ist. Stellen wir die Frage, ob ein bestimmtes Ereignis zustande kommen wird, so entsteht für

[1]) Ueber den Gegensatz dieser beiden Begriffe vgl. Schopenhauer, über den Satz vom Grunde p. 33, 99.

uns die Gewißheit, sobald wir seine sämtlichen Bedingungen als gegeben erkannt haben, weil die Existenz seiner sämtlichen Bedingungen den vollständigen Grund für die Erkenntnis bildet, daß der Erfolg sich vollziehen wird. Aber ob die vollzähligen Bedingungen eines Ereignisses gegeben sind, können wir wiederum nur feststellen, wenn wir beobachtet haben, daß das Ereignis auf einen gewissen Komplex von Zuständen jedesmal folgt.

Weil nun die Wahrscheinlichkeit das Verhältnis bedeutet, das zwischen den bestehenden Gründen und dem vollständigen Grunde der Erkenntnis besteht, und die Gewißheit die Existenz des vollständigen Grundes der Erkenntnis voraussetzt, weil ferner in dem besonderen Falle, wo über den Eintritt eines Erfolges geurteilt wird, die Teilgründe sich zu dem vollständigen Grunde verhalten wie die Zahl der beobachteten Fälle, in denen der Erfolg zustande gekommen ist, zu der Zahl der beobachteten Fälle überhaupt, so ergibt sich ohne weiteres, daß in diesem Fall die Wahrscheinlichkeit als ein Bruchteil der Gewißheit dargestellt werden kann, der die gleiche Größe hat, wie der Bruchteil der günstigen Fälle unter den sämtlichen beobachteten Fällen.

Diese Aufstellnng sei durch folgende Gleichungen verdeutlicht:

$$\text{Wahrscheinlichkeit} = \frac{\text{Teilgründe}}{\text{vollständiger Grund}}$$

$$\text{Gewißheit} = \frac{\text{vollständiger Grund}}{\text{vollständiger Grund}} = 1$$

$$\frac{\text{Teilgründe}}{\text{vollständiger Grund}} = \frac{\text{günstige Fälle}}{\text{beobachtete Fälle}}$$

$$\text{Wahrscheinlichkeit} \times 1 = \frac{\text{günstige Fälle}}{\text{beobachtete Fälle}} \times \text{Gewißheit}$$

$$\text{Wahrscheinlichkeit} = \frac{\text{günstige Fälle}}{\text{beobachtete Fälle}} \times \text{Gewißheit}$$

Ist so das Verhältnis der Wahrscheinlichkeit zur Gewißheit festgestellt, so ist die gegebene Formel für die Berechtigung der Strafe noch durch die Bestimmung des subjektiven Standpunktes zu ergänzen, von welchem aus über Gewißheit und Wahrscheinlichkeit zu urteilen ist. Weil nämlich die Gewißheit oder die Wahrscheinlichkeit, daß auf einen bestimmten Zustand eine bestimmte Veränderung folgt, durch die Regelmäßigkeit oder durch die relative Häufigkeit bedingt wird, mit welcher diese Ver-

bindung innerhalb der beobachteten Fälle stattgefunden hat, so ist klar, daß das Urteil über Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit für jedes einzelne Subjekt verschieden sein kann, weil die Erfahrung, die ein jedes Subjekt über die Verbindung jenes Zustandes mit jener Veränderung gemacht hat, nach Umfang und Art möglicherweise verschieden ist. Und deshalb ist für unsere Formel noch der subjektive Standpunkt der Beurteilung zu bestimmen.

Dieser subjektive Standpunkt ergibt sich aber ohne weiteres daraus, daß die strafende Tätigkeit eine Aktion der Gemeinschaft ist. Steht nämlich dieses fest, so erscheint es als durchaus willkürlich, die Erfahrung eines einzelnen Teilhabers oder einer Gruppe von solchen entscheiden zu lassen. Für eine derartige Auszeichnung bestimmter Subjekte würde niemals ein rechtfertigender Grund hergeleitet werden können. Und so ist die einzig natürliche Konsequenz diese: daß die Summe der Erfahrungen sämtlicher Teilhaber entscheidet und daß somit die Gemeinschaft selbst über Gewißheit oder Wahrscheinlichkeit urteilt.

Damit ist unsere Formel fertig entwickelt, und es bleibt uns nur übrig, mit einigen Worten die Stellung zu bezeichnen, welche sie gegenüber dem Vergeltungsprinzip *van Calkers* einnimmt.

Der Gedanke der Vergeltung ist eine Norm, welche gebietet, daß demjenigen, der ein Uebel tut, wiederum ein gleiches Uebel getan werde.

Es gibt nun zwei Auffassungen über das Wesen dieses Gebots: Nach der einen ist die Vergeltung der Inhalt einer primären — d. i. aus keiner andern abgeleiteten — Norm. Folglich soll die Strafe aus dieser Norm an sich als ihrem letzten Grund ihren Inhalt und ihre Rechtfertigung erhalten. Nun ist aber niemals dargetan worden, daß das Gebot der Vergeltuug unmittelbar auf irgend einer Autorität beruhe oder daß es in sich selbst, aus seiner eigenen Natur heraus als eine evidente Notwendigkeit empfunden werden könne. Und durch Beweise anderer Art ist diese Theorie nicht aufrecht zu erhalten, weil ihr eben eigentümlich ist, daß sie das Gebot der Vergeltung als eine originäre, aus keinem anderen Gebot hergeleitete Norm betrachtet. — Nach der anderen Auffassung ist die Vergeltung der Inhalt einer sekundären Norm. Demgemäß empfängt

die Strafe ihre Rechtfertigung und ihren Inhalt nicht ursprünglich aus der Idee der Vergeltung, sondern aus einem höhern Prinzip, aus welchem wiederum das Prinzip der Vergeltung deduziert ist.

Auf dem Boden dieser letzteren Auffassung steht *van Calker*. Das höchste Prinzip für die Gemeinschaft ist ihm der Zweck der Vervollkommnung, wie wir bereits gesehn haben. Aus diesem primären Prinzip will er das sekundäre deduzieren, daß die Strafe im Einklang mit den geltenden ethischen Wertanschauungen eine gerechte Vergeltung darstellen müsse, — den Begriff des Gerechten im Sinne einer Kongruenz zwischen Schuld und Strafe genommen und nicht im Sinne einer Kongruenz in der Behandlung der einzelnen Gemeinschafter, wie er in dem früher dargestellten Gerechtigkeitsprinzip[1]) verstanden war: „Das Recht — so argumentiert nämlich *van Calker*[2]) — kann als Mittel zur Ermöglichung und Förderung des Gemeinschaftslebens seine Aufgabe nur dann erfüllen, wenn es in allen seinen Normen die für die Beziehungen der Gemeinschaftsglieder zueinander jeweils maßgebenden ethischen Wertanschauungen sorgfältig beobachtet; jede in dieser Richtung geschehende Verletzung schädigt das Gemeinschaftsleben, widerspricht dem Zweck des Rechtes und ist damit in diesem Sinn im höchsten Maß unzweckmäßig.“ — „Da aber nun jene für die Gestaltung des Gemeinschaftslebens maßgebenden Wertanschauungen ihren Ausdruck in der Idee der Gerechtigkeit als regulativem Prinzip alles Gemeinschaftslebens finden, wird hierdurch doch schließlich eine Versöhnung zwischen Vergeltungsidee und Zweckgedanken begründet: Vergeltungsidee und Zweckgedanke befinden sich dann und insoweit in voller Harmonie, als der Zweckgedanke von jenem über die Zweckmäßigkeit des Einzelfalls prinzipiell erhabenen Standpunkt aus betrachtet wird“.[3]) — Die gerechte Vergeltung selbst bedeutet für van Calker, wie wir bereits in anderem Zusammenhang[4]) erwähnt haben, die Proportionalität zwischen Schuld und Strafe.

[1]) oben p. 115 f.

[2]) Blätter für Gefängniskunde XXXIII p. 99.

[3]) Vgl. van Calker in den Verhandlungen des deutschen Juristentags. 1902 Bd. II, p. 242—243.

[4]) s. oben p. 117.

Unser eigenes System steht nun in dem folgenden Verhältnis zu dieser Konstruktion:

Auch wir haben ein Prinzip aufgestellt, nach welchem die Größe des Strafübels mit einem anderen Wert eine gewisse Proportionalität aufweisen soll. Wir stimmen also darin mit *van Calker* überein, daß auch wir unser System durch eine harmonische Verbindung des Gedankens der Zweckmäßigkeit mit dem Gedanken der Verhältnismäßigkeit der Strafe konstruiert haben. Nur ist dieser andre mit dem Strafübel zu vergleichende Wert, wie unsere Formel zeigt, nicht die Schuld, sondern die Größe des künftigen durch den Täter drohenden Uebels. Die beiden Sätze sind in verschiedener Methode gewonnen. Während wir unsere Norm über der Proportionalität der Strafe als eine Konsequenz aus unserem Prinzip der Gemeinschaft entwickelt haben, hat van Calker versucht, sein Prinzip der Gemeinschaft, die Idee der Vervollkommnung, zur Grundlage seiner Konstruktion zu machen. Aber abgesehen davon, daß wir unsre Formel von der Verhältnismäßigkeit der Strafe schon allein durch ihre Deduktion für gerechtfertigt halten, möchten wir noch auf ein Moment hinweisen, welches für unsere Formel und gegen diejenige van Calkers spricht. Die Verhältnismäßigkeit, welche wir fordern, bedeutet ein Größenverhältnis zwischen zwei Uebeln, eine Relation, die leicht festgestellt werden kann, da die Uebel unter sich in ihrer Größe vergleichbar sind.[1]) Der Proportionalitätsbegriff hingegen, aus welchem van Calker seine Vergeltungsidee bildet, bleibt problematisch: Schuld und Strafe sind zu disparate Begriffe, als daß sich unmittelbar ein Maßstab ergäbe, nach welchem beide Werte in ihrer Größe verglichen werden könnten. Die Art der festzustellenden Proportionalität, das tertium comparationis bleibt also im Dunkeln, und bevor nicht dieses Moment aufgeklärt ist, kann van Calkers Formel keine Anwendung finden, kann sein Vergeltungsgedanke nicht verwirklicht werden.

Aber einen andern, äußerst wichtigen Gedanken van Calkers haben wir uns zu eigen gemacht, nämlich den Gedanken, daß die Verhältnismäßigkeit der Strafe nach den geltenden ethischen Wertanschauungen zu bemessen sei.

Was ist zunächst ein ethischer Wert? Die ethischen Werte

[1]) s. oben p. 133.

stehn zu den rechtlichen Werten in dem gleichen Verhältnis wie die ethischen Normen zu den rechtlichen Normen. Das ergibt sich daraus, daß eine jede Norm einen Wert auf Kosten eines andern Wertes durchsetzen will und daß folglich Sinn und Grund einer jeden Norm in Wertanschauungen liegt. Nach *van Calkers* Darstellung,[1]) welcher wir uns anschließen, stellt nun die Gesamtheit der Gebote für menschliches Handeln überhaupt die sittliche Ordnung dar, und die sittliche Ordnung wird wiederum erschöpfend eingeteilt in die rechtlichen und in die ethischen Gebote. Eine ethische Norm ist also diejenige, welche kein Recht zum Inhalt hat. Indem aber in unserer Formel ein Größenverhältnis zwischen den Werten zweier Uebel vorausgesetzt ist, wird hierdurch insoweit, als das Recht selbst den Wert dieser Uebel nicht festsetzt, auf die geltenden ethischen Wertanschauungen verwiesen. Und da das Recht, wie wir später finden werden, eine solche Wertbestimmung nur in sehr beschränktem Umfange gibt, so erhellt die überragende Bedeutung, welche die ethischen Wertanschauungen für Inhalt und Berechtigung der Strafe besitzen.

Damit hat die Grundidee, welche van Calker vor allen andern aufgestellt und durchgeführt hat, die Grundidee nämlich, daß die Gedanken des Rechts mit Gedanken der Ethik durchsetzt und unlösbar verbunden seien, auch in unserem System ihre Herrschaft behauptet.

§ 19.

3. Die Anwendung auf das geltende Recht.

Nachdem wir das System unsrer Prinzipien ausgebaut haben, bleibt uns als letzte Aufgabe die Feststellung des Verhältnisses, welches zwischen diesen Prinzipien und dem geltenden Rechte besteht.

Hier ist zuerst der charakteristische Unterschied zu bestimmen, welcher zwischen dem Begriff von Prinzipien einer Gemeinschaft und dem Begriff eines geltenden Rechtes überhaupt, nach allgemeinen Merkmalen sich ergibt: Dieser Unterschied besteht

[1]) Ethische Werte im Strafrecht p. 15—16.

lediglich darin, daß die Prinzipien einer Gemeinschaft nur Lehrsätze sind und deshalb nur als Objekt des denkenden Bewußtseins zur Existenz gelangen, während das geltende Recht Gemeinschaftsnormen bedeutet, welche in der äußern Welt verwirklicht werden, — wie der Name schon sagt. Der Unterschied zwischen dem geltenden Recht und den Gemeinschaftsprinzipien erschöpft sich also in dem Unterschied zwischen reellen und ideellen Normen.

Stammler, dessen höchstes Gemeinschaftsprinzip mit dem unsrigen dem Inhalte nach übereinstimmt, gibt eine andre Definition dieses charakteristischen Verhältnisses. Für seine Auffassung sind die Gemeinschaftsprinzipien methodische Grundsätze, während konkrete Rechtsnormen positiven Inhaltes ihre grundsätzliche Eigenart darin haben, daß ihnen ein Inhalt besonderen Stoffes zukommt. — Das Wesen der Methode bestimmt er aber in folgender Weise:[1]) „Der Begriff der Methode ist demjenigen der Einzelheit entgegengesetzt. Eine Methode ist ein Verfahren, welches auf das Ganze gerichtet ist. Sie ist der Inbegriff von Regeln, nach denen in grundsätzlicher Weise ein gewisser Stoff des Erkennens oder des Wollens im Sinne seiner einheitlichen Einsicht bestimmt und gerichtet wird. Ohne solche feste Lehrart würden wir nur ein Gewirr von Einzelheiten haben. Da aber alles darauf ankommt, die Einzelheiten in rechte Ordnung zu setzen, worin ihre gesetzmäßige Erfassung eben besteht, — so erhellt, daß der Gedanke einer methodischen Einsicht gleich demjenigen ist: Jede Besonderheit als Glied eines unbedingten Ganzen zu bestimmen.“ — Und indem er in dieser Bestimmung die allgemeine Geltung der Methode ihrem Begriffe nach feststellt, erkennt er konsequent den Prinzipien der Gemeinschaft als methodischen Grundsätzen unbedingte, den konkreten Rechtssätzen hingegen nur bedingte Geltung zu.

Nun behaupten wir allerdings gleich *Stammler* die absolute Giltigkeit unsrer Prinzipien und vermögen auch diese Prinzipien von dem Gesichtspunkte aus, daß nach ihnen richtiges Recht beurteilt und festgesetzt werden kann, als methodische Grundsätze zu bezeichnen, das heißt als Grundsätze, „nach denen jede Besonderheit als Glied eines unbedingten Ganzen bestimmt wird.“

---

[1]) l. c. p. 118.

Aber diese Eigenschaft absoluter Geltung und methodischen Inhaltes ist kein Merkmal, welches mit dem Begriff eines geltenden Rechtes unvereinbar ist. In theoretischer Betrachtung ist sehr wohl eine Gemeinschaft denkbar, in welcher die von uns aufgestellten Prinzipien nicht die Rechtssätze beherrschen, sondern selbst die Rechtssätze sind, welche gelten und durchgeführt werden. Indessen muß zugestanden werden, daß Rechtssätze von solch abstraktem Inhalt, soweit unsere Erfahrung reicht, höchst unzweckmäßig erscheinen; die natürliche Entwicklung wird vielmehr die sein, daß die Rechtssätze sich den jeweiligen Zuständen und zufälligen Voraussetzungen der beherrschten Gemeinschaft anpassen und allerdings in dieser Gestaltung nur von bedingter Geltung sind. Und so können wir aufstellen, daß der Mangel absoluter Geltung und methodischen Inhalts ein Naturale, nicht aber ein Essentiale des Begriffs von geltendem Rechte darstellt.

Nachdem wir so die spezifische Differenz erörtert haben, welche sich zwischen dem Begriff von Prinzipien einer Gemeinschaft und dem Begriff eines geltenden Rechts überhaupt, nach allgemeinen Merkmalen ergiebt, gehn wir zu der speziellen Betrachtung über, in welchem Verhältnis zu unseren Prinzipien die konkreten Systeme des deutschen und französischen Strafrechts stehn.

Wir gehn aus von denjenigen Delikten, welche in der Form der Vollendung mit Strafe bedroht sind.

Es sind hier bestimmte Handlungen nach ihren physischen und psychischen Momenten definiert, und an die Begehung dieser Handlungen werden Strafübel geknüpft, welche nach Art und Maß zuweilen absolut, meistens aber relativ in der Weise bestimmt sind, daß für die Größe der im Einzelfall festzusetzenden Uebel innerhalb gewisser Grenzen eine Wahl bleibt. Es fragt sich nun, inwieweit solche Formeln der Strafdrohung mit der von uns aus Prinzipien abgeleiteten Formel des subjektiven Strafrechts [1]) vereinbar sind. Diese Frage kann sowohl in genetischer als in systematischer Betrachtung verfolgt werden.

Im ersten Falle wird zur Untersuchung stehn, inwieweit

---

[1]) s. oben p. 184.

die Formel des konkreten Rechts aus unserer Formel des subjektiven Strafrechts abgeleitet ist oder abgeleitet werden kann. Es ist hier ein dreifaches Resultat denkbar: Es wird entweder die geschichtliche Tatsache festgestellt, daß die positiven Strafsanktionen im Wege der Deduktion aus dem aufgestellten Prinzip des subjektiven Strafrechts herausgearbeitet sind; oder es wird festgestellt, daß ihre Konstruktion auf der Grundlage eines anderen Prinzips erfolgt ist; oder endlich es bleibt die Art ihrer geschichtlichen Entstehung aus Prinzipien zweifelhaft, es ist aber ihre Entstehung aus unserm Prinzip des subjektiven Strafrechts ohne Widerspruch mit ihrem Inhalt denkbar. — Im zweiten Falle wird zur Untersuchung stehn, inwieweit die Formel des konkreten Strafgesetzes unsere Formel der Strafwürdigkeit noch in Geltung läßt. Es ist einmal offenbar, daß die positiven Rechtssätze unserm Prinzip vorgehen. Und zwar hat dieser Vorrang eine materielle Bedeutung, wenn die positiven Rechtssätze unserm Prinzip der Strafwürdigkeit widersprechen; und andrerseits ist seine Bedeutung nur eine formelle, wenn die Rechtssätze mit unserm Prinzip vereinbart werden können. Es ist aber weiter offenbar, daß insoweit, als die konkreten Gesetze Elemente der Strafwürdigkeit voraussetzen, ohne diese Elemente zu bestimmen, und damit für die Feststellung der Strafwürdigkeit einen Spielraum offen halten, unser Prinzip in Geltung treten kann und — da wir seine Richtigkeit nachgewiesen haben — in Geltung treten muß.

Es liegt nun klar zu Tage, daß die historische Untersuchung für die Frage ohne Bedeutung ist, inwieweit unser Prinzip der Strafwürdigkeit auf der Grundlage des positiven Rechtes Geltung hat. Dies entscheidet sich lediglich darnach, in welchen Grenzen ihm die positiven Rechtssätze widersprechen. Dennoch ist die genetische Betrachtung zur Klärung des ganzen Zusammenhangs zweckmäßig und soll deshalb in ihren Grundlinien ausgeführt werden.

Es kann nun nicht festgestellt werden, ob das geltende Recht durch Deduktion aus Prinzipien, dem gleichen wie dem von uns konstruierten Gedankengange folgend, zu seinen Ergebnissen gelangt ist. Indessen kann bestimmt werden, inwiefern eine Herleitung der geltenden Rechtssätze in diesem Verfahren mit ihrem

Inhalt nicht in Widerspruch steht und aus diesem Grunde denkbar ist. Und hier ergibt sich dann folgendes Bild einer logisch möglichen, wenn auch historisch nicht beweisbaren Auffassung des Gesetzgebers:

I°) Wenn die in einem bestimmten Strafrechtssatz definierte Handlung in ihren physischen und psysischen Momenten sich erfüllt habe, so sei nach den Regeln der Erfahrung immer die Voraussicht eines weiteren Uebels, ausgehend von demselben Täter, gegeben, welches, unter Einrechnung der Wahrscheinlichkeit für seinen Eintritt und für die hindernde Wirkung der Strafe, größer sei als das angedrohte Strafminimum.

In einer Formel ausgedrückt:

Bei Begehung der bedrohten Handlung sei das abzuwehrende Uebel $\times$ der Wahrscheinlichkeit seines Eintritts $\times$ der Wahrscheinlichkeit der Abwehr durch die Strafe $>$ das angedrohte Strafminimum.

II°) Ein entsprechender Wert eines vorauszusehenden Uebels, welcher eine größere Strafe fordere als das Strafmaximum, sei bei der gegebenen Erfahrung nicht feststellbar, wenn keine weitere in einem anderen Strafrechtssatz definierte Handlung gegeben sei.

Wir vermögen also die positiven Strafgesetze, welche das vollendete Delikt bedrohen, als Konsequenzen aus unserm Prinzip der Strafwürdigkeit unter der Voraussetzung anzuerkennen, daß wir die beiden ausgesprochenen Erfahrungssätze für richtig halten, welche nach unserer Konstruktion des gesetzgeberischen Gedankens von dem Prinzip der Strafwürdigkeit als Obersatz zu den konkreten Strafsanktionen als Schlußsätzen hinführen. Die Richtigkeit dieser Erfahrungssätze zu prüfen, ist die weitere Aufgabe die in den Rahmen der historischen Untersuchung fällt; es lohnt aber hier nicht, diese Aufgabe zu verfolgen.

Es sei nur noch mit einem Wort ein charakteristisches Moment jenes Gedankengangs betont, welchen wir als denjenigen des Gesetzgebers konstruiert haben: Es ist klar, daß in jenem Gedankengang die begangene straferzeugende Handlung lediglich ein unentbehrliches symptomatisches Beweismittel für die Wahrscheinlichkeit des drohenden Uebels und die Wahrscheinlichkeit der Strafwirkung darstellt und in dieser Weise

nicht einen moralischen Wert, sondern nur einen Erkenntniswert für die Rechtfertigung der Strafe enthält.[1])

Wir gehn nunmehr zu der systematischen Betrachtung unsrer Frage über und untersuchen, inwieweit die Formel der Strafsanktion im positiven Recht die Geltung unserer aus Prinzipien deduzierten Formel des subjektiven Strafrechts ausschließt.[2]) Wie schon früher festgestellt,[3]) gestaltet sich das Verhältnis so, daß der Gedanke des positiven Rechts, soweit er unvollkommen ist, durch den prinzipiellen Gedanken ergänzt wird.

Unser prinzipieller Gedanke wird durch das System des geltenden Rechts in einer zweifachen Richtung außer Kraft gesetzt:

Wenn eine Handlung mit denjenigen äußeren und inneren Merkmalen verübt ist, welche das Gesetz für die Bestrafung voraussetzt, so sind zwei Eventualitäten denkbar. — Entweder haben wir das in unserer Formel ausgedrückte Verhältnis, durch welches die Strafe — allein von unserm Standpunkt aus betrachtet — gerechtfertigt wird, in concreto als gegeben festgestellt: Dann sind wir in der Berechnung der Strafe nicht frei, sondern sind an das gesetzlich aufgestellte Maximum und Minimum der Strafe gebunden. — Oder wir haben das nach unserer Auffassung

---

[1]) Dieser Gedanke wird von Eduard v. Liszt vertreten und zur Abgrenzung des Versuchs von der Vorbereitung verwertet — l. c. p. 34—38 —:

„Will das Strafrecht seiner Aufgabe als Rechtsgüterschutz — wobei die prävenierende Seite nicht genug hervorgehoben werden kann — gerecht werden, so wird jedenfalls der einmal bewiesene und aller Wahrscheinlichkeit nach fortdauernde böse Wille, der noch tausende von gefährlichen Handlungen erzeugen kann, mindestens ebensoviel Aufmerksamkeit in Anspruch nehmen, als eine einzelne in concreto bereits als ungefährlich erwiesene Handlung. Diese Handlung gehört für immer der Vergangenheit an und wird niemanden mehr schaden. Der böse Wille aber wirkt fort und kann noch tausende von Rechtsgütern gefährden. Gegen ihn wird die Gesellschaft zu schützen sein“. . . . . .

„Unter Festhaltung des Satzes, daß die Aufgabe des Strafrechts der Schutz der Rechtsgüter gegen Gefährdungen ist, komme ich also zu dem Schlusse: Der Grund für die Strafbarkeit des Versuchenden liegt in der objektiven Gefährlichkeit seines (betätigten) bösen Willens.“

— vgl. auch v. Calker, in den Verhandlungen des deutschen Juristentags, 1902, Bd. II p. 249.

[2]) Diese Ausschließung ist entweder eine formelle oder eine materielle. — vgl. oben p. 143.

[3]) oben p. 143.

entscheidende Verhältnis nicht als gegeben festgestellt: Dann müssen wir trotzdem strafen; konsequent werden wir in diesem Falle das Minimum der Strafe aussprechen. — Wir können also das Ergebnis dahin formulieren, daß unser Prinzip des subjektiven Strafrechts gegenüber dem bestehenden Recht nur für die Bestimmung von Art und Maß der Strafe innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen in Geltung bleibt.

Wir wenden uns jetzt zu denjenigen Delikten, welche in der Form des Versuchs mit Strafe bedroht sind. Es werden hier die unter Strafsanktion stehenden Handlungen — im Gegensatz zu den Tatbeständen vollendeter Delikte — nur nach ihren psychischen Momenten definiert, indem der Begriff des commencement d'exécution, des Anfangs der Ausführung, keine Definition der Versuchshandlung enthält, wie wir in früherem Zusammenhang[1]) nachgewiesen haben.

Wollen wir auch hier in genetischer Betrachtung die Möglichkeit untersuchen, ob das geltende Recht mit unserem Prinzip des subjektiven Strafrechts in Uebereinstimmung zu bringen sei, so ergibt sich, daß wir keinen Satz aufstellen können, der dem ersten der von uns für das vollendete Delikt behaupteten Sätze entspräche. Der Grund liegt darin, daß hier das geltende Recht — anders als in den Tatbeständen vollendeter Delikte — die kriminelle Handlung nicht nach ihren physischen, sondern nur nach ihren psychischen Momenten bestimmt, sodaß aus dem Gesetzesinhalt nicht zu erkennen ist, ob in concreto eine kriminelle Handlung vorliegt. Die Aufstellung des gesetzlichen Strafminimums muß daher beim versuchten Delikt in anderer Weise erklärt werden, als es beim vollendeten Delikt geschehen ist. Und so führt unsere genetische Untersuchung zu folgendem Resultat: Eine Uebereinstimmung zwischen dem geltenden Recht und unserem Prinzip des subjektiven Strafrechts ist nur denkbar, wenn folgende Auffassung des Gesetzgebers angenommen wird:

I° Das in dem Prinzip des subjektiven Strafrechts ausgesprochene Wertverhältnis könne nach den Regeln der Erfahrung nur unter der Voraussetzung bestehn, daß die vom Gesetz geforderten psychischen Momente der kriminellen Handlung gegeben seien.

[1]) s. oben p. 26.

II° Ein diesem Prinzip entsprechender Wert eines vorauszusehenden Uebels, welcher nur eine geringere Strafe rechtfertige als das Strafminimum oder eine größere Strafe rechtfertige als das Strafmaximum, sei bei der gegebenen Erfahrung nicht feststellbar.

Wir gehen nunmehr zu der systematischen Betrachtung über. Die Geltung des Prinzips vom subjektiven Strafrecht erleidet zunächst eine formelle Einschränkung dadurch, daß die Strafe des versuchten Deliktes gerade wie die Strafe des vollendeten Delikts durch ein Höchstmaß und durch ein Mindestmaß begrenzt wird. Insoweit ist also die Einschränkung unseres Prinzips die gleiche beim Deliktsversuch wie bei der Deliktsvollendung. In einer andern Richtung hat aber das Prinzip der Strafwürdigkeit hier einen weiteren Spielraum als dort. Während beim vollendeten Delikt mit der Existenz einer begrifflich beschriebenen Handlung die Strafwürdigkeit nach dem Gesetz entstanden und die Strafe obligatorisch ist, wird beim versuchten Delikt die Frage offen gelassen, welche physischen Merkmale der Handlung zu den gesetzlich festliegenden psychischen Merkmalen der Handlung hinzutreten müssen, damit die Strafwürdigkeit entstehe. Daher kann zwar niemals unser Prinzip die Strafwürdigkeit aussprechen, wenn der psychische Tatbestand des Gesetzes fehlt; ist dieser aber gegeben, so hat unser Prinzip die Freiheit, die Strafwürdigkeit festzustellen oder zu verneinen. Denn daß die äußeren Merkmale der Handlung für die Konstatierung des Deliktsversuchs nicht gleichgiltig sind, daß, mit andern Worten, nicht eine Handlung von irgend welcher physischer Beschaffenheit als konstitutives Element des Versuchs genügt, haben wir aus der Geschichte der Gesetzgebungen nachgewiesen.[1])

Die Freiheit unseres Prinzips, den physischen Tatbestand des Deliktsversuches zu bestimmen, bedeutet aber nichts anderes, als die Freiheit, die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch zu ziehen, den Anfang der Ausführung begrifflich zu fixieren. Denn unter den physischen Tatbestand fallen gerade diejenigen Merkmale, welche den Versuch von der Vorbereitung scheiden. Und so gelangen wir zu dem folgenden Resultat: Im deutschen und im französischen Strafrecht ist dem Versuch im Unterschied

[1]) s. o. p. 23.

zu der Vorbereitung das Wesensmerkmal eigen, daß die Gefährlichkeit des Täters, berechnet zu dem Bruchteil, welcher die Wahrscheinlichkeit des Straferfolgs bedeutet, ein größeres Uebel ist, als die Strafe. Diese Verhältnismäßigkeit haben wir früher in einer Formel also ausgedrückt:

Es sei: die Gefährlichkeit des Täters $\times$ der Wahrscheinlichkeit der Abwehr durch die Strafe $>$ das Uebel der Strafe [1]).

Es braucht nun kaum darauf hingewiesen zu werden, daß dieses Prinzip so dehnbare Begriffe enthält und deshalb der Subjektivität der Beurteilung einen so weiten Spielraum läßt, daß es noch keine befriedigende Lösung unseres Problems enthält. Die Gefährlichkeit des Täters, die Wahrscheinlichkeit der Abwehr durch die Strafe und das Uebel der Strafe sind zwar, in theoretischer Betrachtung, exakte Größen; das hat unsere wissenschaftliche Konstruktion dieser Begriffe gelehrt. Doch stößt man bei der Berechnung dieser Größen auf so unermeßliche Schwierigkeiten praktischer Art, daß im konkreten Fall ihre Feststellung und demgemäß die Durchführung des formulierten Prinzips nicht auf Grund von exakten Erkenntniswerten, sondern nur auf Grund von unbestimmten Schätzungswerten denkbar ist. In welch ausgedehntem Maße aber die Schätzung jener Größen mit der Subjektivität des Beurteilers wechselt, ergibt sich aus ihrer Natur von selbst. Wenn demnach das gefundene Prinzip auf den konkreten Fall nicht anwendbar ist, so muß unser Bestreben dahin gehen, im Wege abstrakter Deduktion aus diesem Prinzip ein anderes zu gewinnen, welches vermöge einer begrifflichen Form von größerer Starrheit die Abgrenzung des Versuchs von der Vorbereitung mit einem höheren Maße von Objektivität, mit einer besseren Gewähr für die Allgemeingiltigkeit der Subsumption ermöglicht. Und so lautet die Frage: Können wir Bedingungen, unter welchen allein aber auch jedesmal unser Prinzip sich verwirklicht, in der Weise fixieren, daß ihre Existenz oder Nichtexistenz im konkreten Fall leicht und sicher festgestellt werden kann?

Solche Bedingungen vermögen wir nur zu erkennen, wenn wir mit dem gefundenen Prinzip neue Sätze in Verbindung bringen. Da wir aber die Entwicklung formal giltiger Rechtsprinzipien

[1]) oben p. 34.

bis an ihre letzte Grenze geführt haben, so bleibt uns nur übrig, diese Sätze dem materialen Recht zu entnehmen.

Betrachten wir zuerst den Tatbestand des Versuchs nach französischem Recht. Indem hier die Strafe des Deliktsversuchs dieselbe ist wie die der Deliktsvollendung.[1]) wird der Satz anerkannt, daß dem versuchten Delikt dieselbe Strafwürdigkeit zukommt wie dem vollendeten. Damit ist zugleich die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch dahin bestimmt, daß die unterbrochene Handlung in dem Moment den Charakter des Versuchs erhält, wo sie sich der Vollendung dermaßen annähert, daß sie in demselben Maße strafwürdig ist wie die Vollendung selbst. Halten wir ferner daran fest, daß die Grenze zwischen Versuch und Vorbereitung nach unserem Prinzip des subjektiven Strafrechts zu bestimmen ist, so gelangen wir zu folgendem Resultat: Die Vorbereitung geht in den Versuch über, wenn die unterbrochene Handlung nach dem Prinzip des subjektiven Strafrechts dieselbe Strafwürdigkeit besitzt wie die Vollendung.

Entwickeln wir diesen Satz näher. — Wenn wir die Strafwürdigkeit des vollendeten mit derjenigen des versuchten Delikts vergleichen wollen, so zeigt sich, daß gewisse Elemente, nach denen die Strafwürdigkeit bemessen wird, beim versuchten Delikt stets in gleichem Maße gegeben sind wie beim vollendeten Delikt. — So ist einmal die Wahrscheinlichkeit, daß die Strafe ihren Erfolg erreichen wird, davon völlig unabhängig, ob der Täter die Ausführung des Delikts vollendet oder nur angefangen hat. Denn die Frage, ob es gelingen wird, den Täter unschädlich zu machen oder ihn abzuschrecken oder auch zu bessern,[2]) beantwortet sich lediglich nach der Natur der angewendeten Strafmittel einerseits und nach der physiologischen und der psychologischen Eigenart des Täters andrerseits. Die Existenz dieser Voraussetzungen des Straferfolgs ist nicht dadurch bedingt, daß mehr als ein Deliktsversuch, daß eine Deliktsvollendung gegeben sei; und diese Voraussetzungen sind feststellbar, ohne daß die Begehung eines Delikts durch Vollendung, sogar ohne daß die Begehung eines Delikts überhaupt nachgewiesen ist. — Betrachten wir das weitere

[1]) art. 2 des Code Pénal.

[2]) Wir erinnern daran, daß die Besserung unserer Ansicht nach nicht unter die Strafzwecke gehört. s. o. p. 127 Anm. 3.

Element der Strafwürdigkeit, welches in der Formel des subjektiven Strafrechts enthalten ist: Die Gefährlichkeit des Täters: Sie resultiert aus zwei Momenten: Einmal aus den deliktischen Willensmotiven und weiter aus den physischen und psychischen Fähigkeiten des Täters, welche ihn in die Lage setzen, seinen Deliktswillen durchzuführen. Von den Fähigkeiten des Täters gilt nun das Gleiche wie von der Wahrscheinlichkeit des Straferfolgs. Sie sind gegeben und können festgestellt werden unabhängig davon, ob ein Delikt in der Form des Versuchs oder der Vollendung verübt ist, und sogar unabhängig davon, ob ein Delikt überhaupt vorliegt. Anders verhält es sich mit den deliktischen Willensmotiven. Halten wir zunächst daran fest, daß in unserer Formel des subjektiven Strafrechts nicht die Gefährlichkeit des Täters für die konkrete Eventualität, im Hinblick auf die Begehung eines bestimmten Delikts, sondern für abstrakte Eventualitäten, im Hinblick auf die Begehung von Delikten überhaupt in Frage steht. Trotzdem kann die Gefährlichkeit der deliktischen Willensmotive — welche dargestellt ist durch die Existenz oder die Wahrscheinlichkeit künftiger Existenz einer überwiegenden Kraft der deliktischen Motive über die Gegenmotive und einer Kontinuität dieses Kräfteverhältnisses — am zuverläßigsten festgestellt werden, wenn deliktische Motive sich in einem konkreten Fall betätigt und sich durch die Begehung eines Delikts oder wenigstens durch eine auf die Begehung gerichtete Handlung offenbart haben. Und in der Mehrzahl der Fälle wird hier wiederum eine höhere Gefährlichkeit nachgewiesen sein, wenn eine Deliktsvollendung als wenn nur eine zur Deliktsvollendung strebende, unterbrochene Handlung gegeben ist, weil beim fehlgeschlagenen Delikt in den meisten Fällen eine verbrecherische Willensdisposition von derjenigen Intensität nicht festgestellt werden kann wie beim vollendeten Delikt. Dies hat seinen Grnnd darin: Zunächst ist immer dann eine geringere Gefährlichkeit der Willensdisposition bei der unterbrochenen als bei der vollendeten Handlung nachgewiesen, wenn der Täter die Ausführung des Deliktes freiwillig aufgegeben hat. Aber auch wenn die andere Eventualität vorliegt, wenn das Fehlschlagen des Deliktes nur durch Umstände bewirkt worden ist, welche vom Willen des Täters unabhängig waren, so kann doch meistens nicht mit Sicherheit festgestellt

werden, daß im Falle, wo die hindernden Umstände nicht eingetreten wären, die deliktischen Motive ihre überwiegende Kraft bis zur Vollendung behalten hätten, anders gesagt, daß der Täter seinen verbrecherischen Entschluss [1]) nicht geändert haben würde.

Diese Ausführungen ergeben aber zugleich folgendes Resultat: Sobald im Falle des fehlgeschlagenen Deliktes aus der Natur der unterbrochenen Handlung [2]) eine solche Fesstellung mit Sicherheit gemacht werden kann, so enthält die Willensdisposition beim fehlgeschlagenen Delikt dieselbe Gefährlichkeit wie beim vollendeten Delikt. Damit ist aber unter den Elementen der Strafwürdigkeit, welche unser Prinzip des subjektiven Strafrechts enthält, das einzige Element, welches bei Versuch und Vollendung nicht notwendig im gleichen Grade gegeben ist, nämlich die Gefährlichkeit der deliktischen Willens-Motive, in diesen Fällen bei Versuch und Vollendung im gleichen Masse vorhanden; die äußere Beschaffenheit der unterbrochenen Handlung ist hier eine solche, daß aus ihr auf dieselbe Grösse der Gefährlichkeit geschlossen werden kann wie aus der äußern Beschaffenheit der vollendeten Handlung. Damit ist zugleich gesagt, dass in diesen Fällen die Strafwürdigkeit von Versuch und Vollendung gleich ist, und wir gelangen zu folgendem endgiltigen Prinzip für die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung im französichen Recht:

> Der Anfang der Ausführung ist gegeben, wenn das Fehlschlagen des Delikts durch Umstände bewirkt worden ist, welche vom Willen des Täters unabhängig waren, und wenn im Falle, daß diese hindernden Umstände nicht eingetreten wären, der Täter seinen deliktischen Entschluss nicht geändert hätte.[3])

---

[1]) Unter einem Entschluß verstehen wir eben diejenige Willensdisposition, welche daraus resultiert, daß gewisse Motive stärker sind als ihre Gegenmotive.

[2]) Der Begriff der Handlung ist hier — wie schon der Zusammenhang ergibt — in seinem weitesten Sinne zu nehmen, in welchem er alle die Willensbetätigung charakterisierenden Zustände der äußeren Welt umfaßt. Er ist nicht wie bei der Theorie vom dolus ex re in der einen oder in der andern Weise eingeschränkt, insoweit aus ihm die Natur des verbrecherischen Entschlusses erkannt werden soll. — cf. p. 58 oben.

[3]) Zwar ändert bei jeder unterbrochenen Handlung — das liegt in ihrem Begriff — der Täter seinen Entschluß. Aber es ist zu unterscheiden, ob er ihn freiwillig verändert — in diesem Falle ist der Versuch ausgeschlossen — oder ob

Die erste dieser Voraussetzungen ist im Art. 2 des Code Pénal ausdrücklich aufgestellt:

„Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet[1]) que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même."

Da wir diese Voraussetzung aber in selbstständiger Deduktion entwickelt haben, ohne den Art. 2 de Code Pénal zu verwerten, so bietet diese Gesetzesbestimmung zugleich eine wertvolle Gewähr für die Richtigkeit unseres endgiltigen Resultats, indem sie es teilweise ausdrücklich bestätigt.

Versuchen wir endlich dem gefundenen Prinzip eine möglichst prägnante Fassung zu geben, so können wir in der Weise formulieren:

Der Versuch ist im Unterschiede zur Vorbereitung dadurch charakterisiert, daß der Täter die Ausführung des Delikts, wenn sie ihm möglich[2]) gewesen wäre, nicht freiwillig aufgegeben hätte — oder auch in der Weise:

Die Vorbereitung geht in den Versuch über, wenn der deliktische Entschluss, die Möglichkeit seiner Ausführung vorausgesetzt, unabänderlich ist.

Weil ferner das preußische Recht, wie das französische, den Versuch und die Vollendung mit der gleichen Strafe bedroht,[3]) gilt auch hier das Prinzip, welches für das französische Recht

---

er ihn nur infolge der äußern Unmöglichkeit seiner Durchführung verändert — in diesem Falle kann Versuch gegeben sein, wenn nämlich die weiter aufgestellte Voraussetzung zutrifft, daß der Täter seinen Entschluß freiwillig niemals geändert hätte, solange er ihn durchführen konnte.

[1]) Dieses zweite Erfordernis gilt für den Fall des beendigten Versuchs; das erste Erfordernis hingegen, die Unterbrechung durch Umstände, welche vom Willen des Täters unabhängig waren, ist für den Fall des nicht-beendigten Versuchs, d. h. für den Fall der verfehlten unterbrochenen Handlung aufgestellt. cf. p. 7 oben.

[2]) Bei jedem Versuch im rechtlichen Sinne ist die Vollendung unmöglich; denn der Versuch ist ausgeschlossen, sobald die Vollendung deshalb unterblieben ist, weil der Täter sie freiwillig aufgegeben hat. — Damit sind die Streitfragen nicht berührt, welche dahin gehen, ob bei einer Unmöglichkeit von einem gewissen Grade der Versuchsbegriff nicht mehr aufrecht zu erhalten sei. Sie gehören in die Theorie vom untauglichen Versuch.

[3]) § 32 des Preußischen Strafgesetzbuchs.

entwickelt wurde; die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch ist dieselbe im preußischen wie im französischen Recht.

Betrachten wir nunmehr den Tatbestand des Versuches im deutschen Recht, so zeigt sich ein tiefgreifender Unterschied: Die Versuchsstrafe ist hier anders bemessen als die Vollendungsstrafe. Ihr Mindestmaß sinkt viel tiefer und ihr Höchstmaß steigt nicht so hoch als bei der Strafsanktion der Vollendung[1]) — Was ergibt sich hieraus?

Auf den ersten Blick sollte man meinen, daß mit dem Strafrahmen, mit der Strafwürdigkeit der unterbrochenen Handlung auch die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch geändert werde. Das wäre auch die Konsequenz, wenn unser Prinzip des subjektiven Strafrechts bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch uneingeschränkt Anwendung fände. Aber — wie schon früher festgestellt[2]) — reicht die Geltung dieses Prinzips nur soweit, als sie nicht durch das positive Recht ausgeschlossen wird. Die Anwendung des Prinzips wird nun durch das deutsche Recht eingeengt, die Verfolgung des Prinzips bis in seine letzten Konsequenzen wird verwehrt, indem das Gesetz in der entschiedensten Weise seinen Willen dahin ausspricht, daß die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch, die im französischen und preußischen Recht bestehe, auch im deutschen Recht giltig sein solle.

Diesen seinen Willen bringt das deutsche Gesetz dadurch zum Ausdruck, daß es den Begriff des Versuchs, soweit er die unterscheidenden Merkmale gegen die Vorbereitung enthält, vollkommen aus dem französischen und preußischen Gesetz übernimmt. — Es besteht nur eine formelle Abweichung der Definition darin, daß das deutsche Gesetz die einheitliche Definition im art. 2 des Code Pénal und im § 31 des Preußischen Strafgesetzbuchs durch zwei verschiedene Rechtssätze, den § 43 abs. I und den § 46 Ziffer I wiedergibt.[3])

Daß dies der Wille des Gesetzgebers ist, wird auch durch

---

[1]) § 44 des Deutschen Strafgesetzbuchs.

[2]) p. 143 oben.

[3]) Code Pénal art. 2:

„Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement

die Motive zum Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund bestätigt. Hier heißt es[1]):

„In Uebereinstimmung mit dieser Rechtsquelle" — nämlich der Carolina — „nehmen fast alle neueren Strafgesetzbücher

Preußen § 31 . . . . etc.

die Strafbarkeit von Versuchshandlungen erst dann an, wenn diese Handlungen bereits einen Anfang der Ausführung des Verbrechens enthalten. Dieses Merkmal für Unterscheidung strafbarer und straffreier Versuchshandlungen ist zumeist auch in der Wissenschaft als ein richtiges anerkannt worden, und der Entwurf hat sich darum den bestehenden Gesetzgebungen hierbei angeschlossen."

Ueber die geringere Bestrafung des Versuchs im Gegensatz zur Vollendung wird folgendes ausgeführt:

„Wesentlich von der Entwicklung des Deutschen Rechtes in der Lehre von dem Versuche verschieden, bildete sich die Französische Gesetzgebung aus. Nachdem dieselbe nämlich, ohne

---

d'exécution, si elle n'a été suspendue ou si elle n'a manqué son effet*) que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même."

Preußisches Strafgesetzbuch. § 31:

„Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt und nur durch äußere, von dem Willen des Täters unabhängige Umstände gehindert worden oder ohne Erfolg geblieben*) ist."

Deutsches Strafgesetzbuch.

§ 43, abs. I

„Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, betätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuchs zu bestrafen."

§ 46, Ziffer I.

„Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Täter

Die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren."

*) Man beachte die Anmerkung 1 auf p. 152 oben.

[1]) p. 84—86.

irgendwie Abstufungen des Versuchs aufzustellen, in dem code pénal von 1791 bei dem Gift- und Meuchelmorde den Versuch für strafbar erklärt und als Strafe gegen einen solchen Versuch die des vollendeten Verbrechens selbst angedroht hatte, wurde durch das Gesetz vom 22. Prairial des Jahres IV. der Versuch eines jeden Verbrechens mit der gleichen Strafe wie das Verbrechen selbst bedroht.

„Diese Bestimmung ging in den Code pénal von 1810 und demnächst in das Abänderungsgesetz vom 28. April 1832, welches noch gegenwärtig gilt, über, und aus diesem ist die Bestimmung: daß der Versuch gleich dem vollendeten Verbrechen zu strafen sei, in das Preußische Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 übernommen worden.

Wenn aber diese Theorie von der gleichen Strafwürdigkeit des Versuchs und des Verbrechens bereits in Frankreich selbst auf das Lebhafteste angegriffen wurde, so fand sie vollends in Preußen, wo sie ganz neu war, von der Verkündung des Strafgesetzbuchs ab heftigen Widerspruch und Anfechtung. Schon im Jahre 1859 ging darum bei einer Revision des Preußischen Strafgesetzbuches aus dem Schosse der gesetzgebenden Versammlung der Antrag hervor, die dem deutschen Rechte fremde Versuchstheorie des Gesetzbuches wieder aufzugeben.

„Der Antrag hatte zwar keinen Erfolg, es lag dies jedoch nur daran, daß die damals unternommene Reform sich blos die Revision einzelner Paragraphen zur Aufgabe gestellt hatte und man bei einer solchen nicht an eine Abänderung der allgemeinen Grundprinzipien des Gesetzbuches selbst gehen zu dürfen glaubte.

„Während somit im Preußischen Strafgesetzbuche die Theorie des Französischen Rechts bestehen geblieben, hat selbst das Belgische Strafgesetzbuch von 1867, obgleich sonst wesentlich vom Geiste Französischer Strafrechtsprinzipien durchdrungen, jene Versuchslehre aufgegeben. Der für den Norddeutschen Bund bestimmte Gesetz-Entwurf wird somit nur einen Schritt notwendiger Rechtsentwicklung tun, wenn er die dem Preußischen Strafgesetzbuche eingeimpfte fremde Lehre vom Versuche gleichfalls ausscheidet und zu der Deutschen, sachlich allein begründeten Rechtsauffassung zurückkehrt, daß das versuchte Verbrechen

milder zu beurteilen und demgemäß auch mit einer geringeren Strafe als das vollendete Verbrechen zu treffen sei".[1])

Diese Erörterungen der Motive bringen zum deutlichsten Ausdruck, daß im Entwurf die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch die gleiche bleibt wie im preußischen — und deshalb auch wie im französischen — Recht und daß die Herabsetzung des Strafrahmens diese Grenze vollkommen unberührt läßt. Die Motive gehen, wenn sie die geringere Strafwürdigkeit des Versuchs behaupten, bereits von begrifflich umschriebenen Versuchshandlungen aus; diese begriffliche Umschreibung ist aber aus dem französischen und preußischen Rechte vorausgesetzt.

Warum hat nun der deutsche Gesetzgeber, so könnte man fragen, im Gegensatz zu dem französischen beim Versuch ein geringeres Höchst- und Mindestmaß der Strafe fortgesetzt als bei der Vollendung? Von welcher Rechtsanschauung ausgehend, ist er zu diesem Ergebnis gelangt? Auf diese Frage ergibt weder die Definition des Versuchs noch die Ausführung der Motive eine Antwort. Es kann aber diese Frage unentschieden bleiben. Denn welches auch das Prinzip sein mag, nach welchem das deutsche Recht die Versuchsstrafe geringer bemißt als die Vollendungsstrafe, so dient doch dies Prinzip nicht der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, sondern wird auf die bereits begrifflich fixierte Versuchshandlung angewendet. Begrifflich fixiert ist aber die Versuchshandlung durch das französische Recht und die von ihm in Geltung gelassenen formalen Rechtsprinzipien.

Ist nun der Versuchsbegriff nach deutschem und und nach französischem Recht der gleiche, so ist die Scheidung des Versuchs von der Vorbereitung auch im deutschem Recht nach demjenigen Prinzip vorzunehmen, welches wir für das französische Recht entwickelt haben.

---

[1]) Diese Rechtsauffassung hatte schon im Preußischen Strafgesetzbuch einen unvollkommenen Ausdruck gefunden. § 32 nämlich sagt:

„Der Versuch eines Verbrechens wird wie das Verbrechen selbst bestraft. Dem Richter bleibt jedoch überlassen, bei Festsetzung des Strafmaßes innerhalb der dafür vorgeschriebenen Grenzen darauf Rücksicht zu nehmen, daß das Verbrechen nicht vollendet worden ist."

Siud wir damit zu unserem letzen Ergebnis gelangt, so verlohnt es, einen Blick zurückzuwerfen auf die früheren Theorieen und fesstellen, inwieweit Elemente unseres endgiltigen Prinzips in ihnen bereits enthalten sind.

Unserm Resultat am nächsten stehen die Konstruktionen von *Kohler*,[1]) *Klee*[2]) und *Krug*[3]) in welchen, wenn auch mit mannigfachen, fremden Elementen untermischt, der folgende Gedanke aufgestellt ist: Es sei der Versuch im Gegensatz zur Vorbereitung dadurch charakterisiert, dass die Energie des verbrecherischen Willens eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür begründe, daß er sich bis zur Vollendung des Deliktes durchsetzen werde, wenn sie möglich sei.

„Der Wille — so definiert *Kohler*[4]) — muss bereits in der Tat zur Ausprägung gelangt sein; in einer Energie derart, daß anzunehmen ist, der Täter wäre bei normalem Fortgange bis zum Schlusse seiner Tätigkeit gegangen."

„Wenn die Tat — so präzisiert *Klee* seinen Gedanken[5]) — bis zu einer gewissen Stufe, eben der des strafbaren Versuchs vorgeschritten ist, ist die Wahrscheinlichkeit des Rücktritts nicht mehr vorhanden. Im Gegenteil ist es nunmehr wahrscheinlich, daß der Täter das Verbrechen in das Stadium der Vollendung überführen werde. Die blosse Möglichkeit der Vollendung ist nicht ausreichend, das ius puniendi des Staates zu begründen; denn sie wird aufgehoben durch die Möglichkeit der Nichtvollendung.

Wir haben festgestellt, daß diese Konstruktionen jedenfalls daran scheitern, daß die vorausgesetzte Wahrscheinlichkeitsgröße nicht bestimmt wird.[6]) In unserer eigenen Deduktion sind wir zu dem Resultat gelangt, daß nicht eine Wahrscheinlichkeit, sondern die Gewißheit entscheidet, daß der Täter seinen Entschluß nicht freiwillig aufgeben wird.

Krug[7]) endlich verlangt eine solche Gemütsverfassung, wo

[1]) p. 82 ff. oben.
[2]) p. 85 ff. oben.
[3]) 63—64 oben.
[4]) p. 84 oben.
[5]) p. 86 oben.
[6]) p. 94 oben.
[7]) p. 63—64 oben.

es psychologisch nicht wahrscheinlich ist, daß der Verbrecher, dafern ihm nicht unvorhergesehene Hindernisse entgegentreten, auf dem betretenen Wege noch umkehren werde.

Auch die Theorie von *Horn*[1]) beruht auf ähnlichen Anschauungen wie die unsrige. Nach ihr kann der Versuch nur durch eine ursächliche Aktion begangen werden, — dieser Begriff ist in eigentümlicher Weise konstruiert — weil durch eine ursächliche Aktion der Täter die Herrschaft über den Kausalverlauf aus den Händen gibt, und zwar auch in dem Fall, wo er noch eine weitere Aktion hinzusetzen muß und auch hinzusetzen will, um den Erfolg herbeizuführen:

„Es ist erklärlich, daß ein vom dolus eingegebenes verbrecherisches Sinnen und Trachten von dem Augenblick einer derartigen Entäußerung des dolus ab die Aufmerksamkeit der Strafrechtspflege auf sich ziehen muß und im allgemeinen, vorbehaltlich näherer Präzisierung der strafwürdigen Fälle, als Grund zum strafrechtlichen Einschreiten dienen kann. Allerdings hat ja der Täter da, wo er zur Verwirklichung des Verbrechens eine Mehrheit sukzedierender Aktionen vornehmen muß, es häufig noch nach einer ersten „ursächlichen" Aktion in der Hand, ob er die den Erfolg herbeiführende Schlußaktion vornehmen will oder nicht. Aber der Gesetzgeber darf nach psychologischen Erfahrungen annehmen, daß derjenige, der seinen Vorsatz an wirkliche Ursachen in unserm Sinne entäußert, auch wo er jene Freiheit noch hat, sich ihrer entäußern wollte. Er darf den Anfang dieser Entäußerung hinsichtlich seiner abstrakten Gefährlichkeit derjenigen Handlung gleichstellen, mittelst derer der Handelnde das Schicksal seines Vorhabens, endgiltig äußeren Mächten und deren gefahrbringenden Kräften anheimstellt[2]).

Es tritt hier klar die Grundanschauung zu Tage: Beim Versuch werde ein Entschluß von solcher Energie vorausgesetzt, daß mit einer freiwilligen Aenderung des Entschlusses nicht zu rechnen sei.

Eine gewisse Analogie mit unserer Auffassung erkennen wir

---

[1]) oben p. 36 ff.

[2]) p. 41 oben.

auch in den Prinzipien von *Schwarze*[1]), *Bertauld*[2]) und *Bauke*[3]), welche den Tatbestand des Versuchs von einer gewissen Energie des verbrecherischen Willens abhängig machen, ferner in den Prinzipien von *Mittermaier*[4]), *Goldammer*[5]) und *Haus*[6]), welche sich von den vorhergehenden nur dadurch unterscheiden, daß sie die verlangte Energie dann als erwiesen annehmen, wenn der Täter zur Anwendung der bereit gestellten Mittel übergegangen ist.

Es kann endlich keinem Zweifel unterliegen, daß auch die Theorien von *Champcommunal*[7]) und *Gallet*[8]), welche den Versuch mit der letzten kondizionalen Handlung identifizieren, aus der Auffassung entstanden sind, daß je mehr sich die Handlung dem Erfolg annähere, desto größer die Wahrscheinlichkeit für die Festigkeit des Entschlusses sei.

Es ist endlich noch die Frage zu erörtern, welche Schlüsse sich aus unserer Deduktion de lege ferenda ergeben. — Wir haben aus allgemeingiltigen Prinzipien den Satz abgeleitet, daß die unterbrochene Handlung in dem gleichen Maße strafwürdig ist wie die vollendete Handlung, wenn der deliktische Entschluß, die Möglichkeit seiner Durchführung vorausgesetzt, unabänderlich ist. Dieser Satz läßt sich umkehren: Wenn der Versuch der gleichen Strafe für würdig erkannt wird wie die Vollendung, so ist der Versuchsbegriff nur erfüllt, wenn jene Unabänderlichkeit des Entschlusses mit Sicherheit feststeht. Sobald nun in einer künftigen Gesetzgebung die Versuchsstrafe geringer bemessen wird als die Vollendungsstrafe, so erweitert sich der Versuchsbegriff; es fallen unter ihn auch solche unterbrochene Handlungen, bei denen die Unabänderlichkeit des Entschlusses nicht mit Sicherheit, sondern nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit feststeht. Eine Definition aber, welche als Merkmal des Versuchs eine Wahrscheinlichkeitsgröße aufstellt, verzichtet hierdurch de facto auf die Möglichkeit,

[1]) p. 63 oben.
[2]) p. 63 oben.
[3]) p. 66 oben.
[4]) p. 63–64 oben.
[5]) p. 64–65 oben.
[6]) p. 65 oben.
[7]) p. 43 ff. oben.
[8]) p. 44 ff. oben.

daß ihr Tatbestände auch nur in einigermassen exakter Weise subsumiert werden; durch die Aufnahme eines bloßen Schätzungswertes gibt sie sich selbst der Willkür des Schätzenden preis. Eine solche Definition enthält de facto die Negierung einer Definition.

So gelangen wir zu folgendem Resultat: Da der Gesetzgeber nur eine solche Versuchshandlung zu definieren vermag, welche die gleiche Strafwürdigkeit besitzt wie die vollendete Handlung, so geht unser Vorschlag dahin: Eine künftige Gesetzgebung möge die Versuchsstrafe der Vollendungsstrafe gleichsetzen und den Versuch von der Vorbereitung durch das Merkmal unterscheiden, daß der deliktische Entschluß, die Möglichkeit seiner Durchführung vorausgesetzt, unabänderlich ist.

M. Ande